

Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung
im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Christine Berg

Rechtsanwältin in München

1 9 8 4



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546612_0036

awi-druck
Dissertations-Druck
Müllerstraße 22 · München 5
Telefon 260 40 05

Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung
im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Christine Berg

Rechtsanwältin in München

1 9 8 4

Erstgutachter: Prof. Dr.iur. Dr.rer.pol. F.J. Sacker
Zweitgutachter: Prof. Dr.iur. K. Markert

Tag der mündlichen Prüfung: 22. November 1984

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	I
§ 1 <u>Begriff des Geschäftsgeheimnisses im GWB</u>	1
I. Allgemeine Begriffsmerkmale des Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses	2
1. Keine Begriffsbestimmung im Gesetz	2
2. Allgemein anerkannte Begriffsmerkmale	3
3. Maßstäbe zur Bestimmung der Geheimhaltungsbedürftigkeit	4
4. Zwischenergebnis	6
II. Besondere Begriffsmerkmale des Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses in Kartellverwaltungssachen	7
1. Tatsachen, die einen GWB-Verstoß offenbaren können	7
2. Tatsachen, deren Verwertung zur Anwendung der GWB-Normen notwendig ist	9
3. Beachtung der Strafvorschriften	10
4. Ergebnis	11
III. Anhaltspunkte für die Offenkundigkeit	12
1. Tatsachen aus dem technischen Bereich	12
2. Tatsachen aus dem kaufmännischen Bereich	13
IV. Kriterien zur Feststellung berechtigter Geheimhaltungsinteressen	15
1. Vertraulichkeit als Wettbewerbsparameter	15
2. Tatsachen, deren bewußter Austausch gegen § 1 verstößt	16
3. Drohender Mißbrauch durch die Verfahrensbeteiligten	19

V.	Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse unter den in Kartellverwaltungssachen entscheidungserheblichen Tatsachen	21
1.	Inhalt von Kartellverträgen- und beschlüssen	21
2.	Inhalt sonstiger Verträge	22
3.	Geheimhaltungsbedürftigkeit einzelner Tatbestandsmerkmale	22
a)	quantitative Merkmale	22
b)	qualitative Merkmale	27
VI.	Entscheidungsbefugnis über die Geheimhaltungsbedürftigkeit	30
1.	Entscheidungsbefugnis nicht überprüfbar	30
2.	Darlegungslast für das Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen	31

§ 2 Umfang der Akteneinsicht bei Vorliegen von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen 34

I.	Umfang des Akteneinsichtsrechts der Verfahrensbeteiligten	35
1.	Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten im Beschwerdeverfahren	35
2.	Recht auf Akteneinsicht der Hauptbeteiligten auch im Verwaltungsverfahren	35
3.	Umfang der Akteneinsicht durch die Beigeladenen	38
a)	Im Beschwerdeverfahren	38
b)	Im Verwaltungsverfahren	39
4.	Umfang der Akteneinsicht durch die in § 66 Abs.1 nicht genannten Beteiligten	42

II.	Einschränkung der Akteneinsicht bei Vorliegen von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen	44
1.	Im Beschwerdeverfahren	44
2.	Problem der sog. Geheimakten	45
a)	Einsichtsrecht streitig	45
b)	Problem des Wissensvorsprungs	47
c)	Problemlösung in anderen Verfahrensordnungen	47
d)	Überwiegendes Interesse an vollständiger Sachverhaltsaufklärung	49
3.	Einschränkung der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren	51
§ 3	<u>Rechtsfolgen eingeschränkter Akteneinsicht der Hauptbeteiligten</u>	54
I.	Umfang des Verwertungsverbotes bei eingeschränkter Akteneinsicht der Hauptbeteiligten	54
1.	Im Beschwerdeverfahren	54
2.	Im Verwaltungsverfahren	56
3.	"Geheime Verwertung"	56
II.	Überwindung von Verwertungsverböten durch auszugsweisen Vortrag aus geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen	59
1.	Auszugsweiser Vortrag im Beschwerdeverfahren	59
a)	Zustimmung nicht erforderlich	60
b)	Auszugsweiser Vortrag durch das Beschwerdegericht	60
2.	Auszugsweiser Vortrag im Verwaltungsverfahren	61
3.	Umfang des auszugsweisen Vortrags	61

§ 4	<u>Rechtsfolgen eingeschränkter Akteneinsicht der Beigeladenen</u>	63
I.	Rechtsfolge eingeschränkter Akteneinsicht umstritten	63
	1. Standpunkt der herrschenden Meinung	63
	2. Bedeutung des § 71 Abs.3 für die Rechtsstellung der Beigeladenen	65
II.	Generelle Gleichstellung der Beigeladenen mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 71 Abs.3 nicht vereinbar	66
	1. Gleichstellung Hauptbeteiligter und Beigeladener aufgehoben	66
	a) Argumentation des Kammergerichts	66
	b) Wortlaut des § 71	67
	c) Entstehungsgeschichte des § 71	69
	d) Absicht des Gesetzgebers	70
	2. Gründe für die Aufhebung der Gleichstellung	72
	3. Weitere Kritik an der Entscheidung des Kammergerichts vom 13.11.1981	74
	4. Ergebnis	77
III.	Vereinbarkeit des § 71 Abs.3 mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (§ 70 Abs.1 S.2, Art.103 Abs.1 GG)	78
	1. Widerspruch zwischen §§ 70 Abs.1 S.2 und 71 Abs.3	78
	2. Kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Verfahrensbeteiligung	79
	a) Schlußfolgerungen aus den Anhörungs- und Beiladungsbestimmungen des GWB	79
	b) Bedeutung der materiellen Rechtsposition	81
	c) Umfang verfassungsrechtlich gebotener Verfahrensbeteiligung	86
	d) Notwendig beizuladende Personen und Personenvereinigungen	90
	e) Zwischenergebnis zu 2.	92

3. Umfang des rechtlichen Gehörs bei formeller Verfahrensbeteiligung	94
a) Standpunkt des Kammergerichts	94
b) Rechtsprechung des BVerfG	95
c) Rechtsprechung zum Umfang des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren gemäß § 57 FGG	97
d) Voraussetzungen für die Annahme einer parteiähnlichen Stellung	99
e) Zwischenergebnis zu 3.	101
4. Grundsatz des Vertrauensschutzes	104
5. Umfang der Rechtskraftwirkung	105
6. Einschränkende Auslegung des § 70 Abs.1 S.2	107
7. Ergebnis	108
 § 5 <u>Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen</u>	110
I. Erforderlichkeit der Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen	110
1. Bestrittener Tatsachenvortrag der Beteiligten	110
2. Darlegungs- und Beweislast trotz Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen	111
a) Darlegungslast der Kartellbehörde	111
b) Materielle Beweislast der Beteiligten/ Wirkung der Vermutungstatbestände	112
c) Folge der Mitwirkungspflicht gemäß § 69 Abs.3	114
II. Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme	114
1. Geltung des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit	114
2. Auswirkungen des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit	116
a) Urkunds-/Augenscheinsbeweis	116
b) Zeugenbeweis	118
c) Parteivernehmung	119
d) Sachverständigenbeweis	119
e) Ergebnis	120
3. Unerreichbarkeit des unmittelbaren Beweismittels	122

III. Einschaltung eines Beweismittlers bzw. Ausschuß der Beteiligten von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen	123
1. Lösungsansatz für das Kartellverwaltungsverfahren	123
2. Beschränkung prozessualer Rechte der Beteiligten	124
3. Lösung des Konflikts zwischen Geheimhaltungsinteresse, Parteiöffentlichkeit und sachrichtiger Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur zu anderen Verfahrensordnungen	125
a) Lösungsansätze übertragbar	125
b) Lösungsansätze im einzelnen	128
(1) Zivilprozeß	128
(2) Verwaltungsgerichtsverfahren	132
(3) Finanzgerichtsverfahren	135
(4) Sozialgerichtsverfahren	137
(5) Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	141
c) Zwischenergebnis	143
4. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und dem Grundsatz des sachnäheren Beweismittels	149
a) Unmittelbarkeitsgrundsatz	149
b) Grundsatz des sachnäheren Beweismittels	152
c) Ergebnis zu 4.	155
5. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art.103 Abs.1 GG)	156
a) Grundsatz des rechtlichen Gehörs berührt	156
b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Umfang des rechtlichen Gehörs im Rahmen der Beweisaufnahme	157
c) Immanente Schranken des Art.103 Abs.1 GG	162
d) Maßstäbe für die Güterabwägung im Einzelfall	166
6. Kosten der Einschaltung eines Beweismittlers	169
Zusammenfassung	171
Literaturverzeichnis	173

Einleitung

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Verfahrensbeteiligter und Dritter, von denen die Kartellbehörde bzw. das Beschwerdegericht bei der Ermittlung in Kartellverwaltungssachen Kenntnis erhält, werden gemäß § 71 Abs.2 GWB ¹⁾ ²⁾ auch den (übrigen) Beteiligten gegenüber geschützt. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts darf jedoch nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, zu denen sich die Verfahrensbeteiligten äußern konnten (§§ 70 Abs.1 S.2, 71 Abs.2 S.3). Hängt die Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte von Tatsachen ab, die dem Geheimnisschutz unterliegen, steht der Verwertung im öffentlichen Interesse an einer materiell richtigen Sachentscheidung der prozessuale Anspruch der (übrigen) Beteiligten auf rechtliches Gehör gegenüber.

Für die Lösung dieses Interessenkonflikts gibt es mehrere Ansatzpunkte. Den Beigeladenen gegenüber könnte wegen ihres eingeschränkten Akteneinsichtsrechts gemäß § 71 Abs.3 eine "geheime" Verwertung zulässig sein ³⁾.

-
- 1) soweit im Literaturverzeichnis nicht anders angegeben, sind die Abkürzungen Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl. 1983, entnommen
 - 2) §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des GWB
 - 3) vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt, 5.Aufl., § 71 Rz.7; 6.Aufl., § 71 Rz.11; Traumann, WRP 1983, S.195; Wieckmann, WuW 1983, S.23; angedeutet bei K.Schmidt Kartellverfahrensrecht, S.482 Fn.199 m.w.N.; vgl. auch KG 2.10.1981, WuW/E OLG, 2603 ff.; abgelehnt in KG 13.11.1981, WuW/E OLG, 2686 ff.; a.A. auch die wohl h.M., vgl. Hinz im GK, §§ 70 Rz.5, 71 Rz.9; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.6; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.11; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.8

Zumindest eine eingeschränkte Verwertung gegenüber allen Verfahrensbeteiligten ließe sich durch die Einschaltung eines Beweismittlers ermöglichen, der die geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen einsieht und lediglich anonymisierte Zusammenfassungen in das Verfahren einführt ⁴⁾. Ein anderer Ansatz besteht darin, den Begriff des Geschäftsgeheimnisses normzweckbezogen einzuschränken ⁵⁾.

Ziel dieser Arbeit ist es, zu untersuchen, ob ausgehend von den vorstehenden Ansatzpunkten im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren ein Interessenausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an einer materiell richtigen Sachentscheidung und dem rechtlichen Gehör der Verfahrensbeteiligten geschaffen werden kann. Probleme bei der Verwertung geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen im Ordnungswidrigkeitenverfahren ⁶⁾ sowie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten mit kartellrechtlichem Einschlag, wo ebenfalls gegensätzliche Interessen der Prozeßbeteiligten entstehen können, sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Es soll geklärt werden, welche typischerweise entscheidungserheblichen Tatsachen den Schutz als Geschäftsgeheimnisse genießen.

4) vgl. Beschluß v. 24.8.1978, WuW/E OLG, S.2061, 2062 "Valium"; zustimmend Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.9

5) vgl. dazu K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.11; ähnlich Wieckmann, WuW 1983, S.14

6) vgl. dazu Lieberknecht, Akteneinsicht, Verwertung des Akteninhalts und Verschwiegenheit gegenüber Dritten, FIW Schriftenreihe Nr.69 (1974), S.35 ff.

Im Zusammenhang mit der Frage, in welchem Umfang die Akteneinsicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen einzuschränken ist, wird das Problem der sog. Geheimakten behandelt, die nur dem Gericht zur Einsicht überlassen sind. Die in anderen Verfahrensordnungen ⁷⁾ zu diesem Problemkreis angestellten Überlegungen werden berücksichtigt.

Die Rechtsfolgen eingeschränkter Akteneinsicht der Hauptbeteiligten einerseits und der Beigeladenen andererseits werden untersucht.

Der letzte Teil der Arbeit behandelt die Probleme bei der Beweisaufnahme über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen. Gestützt auf ähnliche Lösungsansätze in anderen Verfahrensordnungen wird der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen einen Beweismittler einzuschalten bzw. die Beteiligten beim Sachverständigenbeweis über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen von der Tatsachenermittlung auszuschließen. Es wird sich zeigen, daß dieses Verfahren zur Verwertung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen besser geeignet ist, als der auszugsweise Vortrag aus den Gerichtsakten.

7) VwGO; FGO; SGG; FGG

§ 1 Begriff des Geschäftsgeheimnisses im GWB

Die Kartellbehörde hat im Beschwerdeverfahren (§§ 62 ff.) die "... Zustimmung zur Einsicht in die ihr gehörigen Unterlagen zu versagen, soweit dies ... insbesondere zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist" (§ 71 Abs.2 S.2). Dieselbe Verpflichtung trifft das Beschwerdegericht in bezug auf Geschäftsgeheimnisse, die es im Rahmen eigener Ermittlungen in Erfahrung bringt ¹⁾.

Im Verwaltungsverfahren (§§ 51 ff.) und im Auskunftsverfahren (§ 46) ergibt sich der Anspruch Beteiligter und Dritter auf Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aus § 30 VwVfG ²⁾, dessen Vorschriften (mangels Spezialregelungen im GWB) subsidiär von Bundeswirtschaftsminister und Bundeskartellamt (BKartA) ³⁾ anzuwenden sind (§ 1 Abs.1 Ziff.1 VwVfG) ⁴⁾.

Probleme ergeben sich, wenn gegenüber allen oder einzelnen Verfahrensbeteiligten geheimhaltungsbedürftige Tatsachen im Sinne dieser Vorschriften der Entscheidung zugrundegelegt werden sollen. Fraglich ist, für welche Tatsachen Verfahrensbeteiligte oder Dritte diesen strafrechtlich abgesicherten ⁵⁾ Geheimnisschutz in Anspruch nehmen können.

-
- 1) K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.8; Hinz im GK, § 71 Rz.4
 - 2) K.Schmidt aaO., § 53 Rz.8
 - 3) Für die Landeskartellbehörden gelten die wortgleichen Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder ebenfalls subsidiär (§ 1 Abs.3 VwVfG); vgl. Junge im GK, § 51 Rz.2
 - 4) vgl. Junge aaO.; K.Schmidt aaO., vor § 51 Rz.4; Westrick/Loewenheim, § 51 Rz.4
 - 5) vgl. §§ 203 Abs.2, 353b Abs.1 StGB

I. Allgemeine Begriffsmerkmale des Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses

1. Keine Begriffsbestimmung im Gesetz

Das GWB (§§ 71 Abs.2 Satz 2, 21 Abs.1) enthält keine Begriffsbestimmung. Der Begriff des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses ⁶⁾ wird auch außerhalb des GWB, wo er in ganz verschiedenen Rechtsgebieten, allerdings in Regelungen mit jeweils vergleichbarer Zielsetzung - Schutzvorschriften gegen unbefugte Preisgabe (z.B. §§ 17 UWG, 90 HGB, 79, 106 Abs.2 BetrVG, 93 AktG, 30 VwVfG, 203 StGB) ⁷⁾, unbefugte Einsichtnahme oder sonstige Wahrnehmung (z.B. §§ 172 Nr.2 GVG) ⁸⁾ sowie zur Begründung von Zeugnisverweigerungsrechten (z.B. §§ 384 Ziff.3 ZPO, 98 VwGO) - vorkommt ⁹⁾, nicht eindeutig definiert. Wegen der mit § 71 Abs.2 S.2 vergleichbaren Zielsetzung der Schutzvorschriften gegen unbefugte Preisgabe und Einsichtnahme kann auf die allgemeinen Begriffsmerkmale des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses, die für diese Vorschriften entwickelt wurden, zurückgegriffen werden.

6) der Begriff "Fabrikationsgeheimnis" wird überwiegend synonym mit dem Begriff "Betriebsgeheimnis" verwandt

7), 8) § 71 Abs.2 S.2 ist Schutzvorschrift sowohl gegen unbefugte Preisgabe als auch gegen unbefugte Einsichtnahme

9) vgl. ähnlich Wieckmann, WuW 1983, S.13

2. Allgemein anerkannte Begriffsmerkmale

Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sind Tatsachen, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen und nicht offenkundig, d.h. nur einem eng begrenzten Personenkreis in ihrer konkreten Erscheinungsform bekannt sind ¹⁰⁾.

Die Ansicht, nach der die Behörde auch offenkundige Tatsachen nicht gewissermaßen "amtlich bestätigen" darf ¹¹⁾, ist abzulehnen. Bereits nach dem Wortsinn des Wortes "geheim" im allgemeinen Sprachgebrauch ist die Geheimnis-Eigenschaft solcher (offenkundiger) Tatsachen zu verneinen, die jeder aus allgemein zugänglichen Quellen entnehmen kann ¹²⁾. Die Zulässigkeit und tatsächliche Wirkung einer gegen den Willen des Betroffenen erfolgten amtlichen Bestätigung bereits bekannter Tatsachen betrifft eher den Problemkreis des Umfangs der Publizität des Verwaltungsverfahrens.

Im übrigen werden dem Begriff des Fabrikations- oder Betriebsgeheimnisses allgemein die technische Seite eines Unternehmens betreffende Geheimnisse (z.B. die in § 21 aufgezählten, nicht geschützten Erfindungsleistungen, Fabrikations-

10) ständ. Rspr. vgl. BGH 15.3.1955, GRUR 1955, S.424, 425, unter Bezugnahme auf RGZ 149, 334; h.M. Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG Rz.2 m.w.N.; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 79 BetrVG Rz.3; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 93 AktG Rz.16; Borgs in Meyer/Borgs, § 30 VwVfG Rz.6, 9; Tiedemann, ZStW 86 (1974) S.1031; Kraßer, GRUR 1977 S.178; ebenso OLG Düss, 5.7.1977, WuW/E 1881, 1887 "Anzeigenpreise"; vgl. a. Begr. zu § 26 Entwurf VwVfG, BT Drs. 7/910 S.54

11) Kopp, § 30 VwVfG Rz.9

12) vgl. Reimer/v.Gamm, § 17 UWG Rz.1

verfahren, Konstruktionen und sonstige, die Technik bereichernde Leistungen, wenn diese geheimhaltungsbedürftig sind), zugeordnet und zählen zum Bereich des Geschäftsgeheimnisses die Geheimnisse des kaufmännischen Bereichs (z.B. Preise, Kalkulationsgrundlagen, Marktstrategien, Kundenlisten) ¹³⁾.

3. Maßstäbe zur Bestimmung der Geheimhaltungsbedürftigkeit

Streitig ist, ob bei Vorliegen der o.a. Merkmale ein Geschäftsgeheimnis nur im Falle objektiv feststellbarer Geheimhaltungsbedürftig gegeben ist (sog. Interessentheorie) ¹⁴⁾, oder bis zur Grenze reiner Launenhaftigkeit und Willkür alle als geheim bezeichneten Tatsachen auch als geheim behandelt werden müssen (sog. Willenstheorie) ¹⁵⁾. Liegt Offenkundigkeit vor, dann kann allerdings auch nach der zweiten Auffassung der Geheimhaltungswille die Eigenschaft als Geheimnis nicht mehr sichern ¹⁶⁾.

Nach beiden Auffassungen muß zunächst subjektiv ein bekundeter oder zumindest erkennbarer Geheimhaltungswille bestehen ¹⁷⁾. Verzichtet ein Verfahrensbeteiligter oder Dritter ggf. nach Erörterung mit der Kartellbehörde oder dem Gericht generell auf die Geheimhaltung (etwa, um eine problemlose

13) Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG Rz.22; Tetzner, § 17 UWG Rz.10; Lenckner in Schönke/Schröder, § 203 StGB Rz.11

14) so die h.M., vgl. oben Fn.10)

15) Rosenthal/Leffmann, § 17 UWG Rz.9

16) Rosenthal/Leffmann, aaO., Rz.20

17) Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG Rz.5; Reimer/v.Gamm, § 17 UWG Rz.2, jeweils unter Bezugnahme auf BGH 26.11.1968, NJW 1969, S.463, 464

Verwertung für ihn günstiger Tatsachen zu ermöglichen), liegt daher kein Geheimnis i.S.d. § 71 Abs.2 S.2 mehr vor.

Mit der h.M., insbesondere zu § 17 UWG, ist entgegen der Willenstheorie darüber hinaus objektiv erforderlich, daß das Unternehmen ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung hat. Dies ist der Fall, wenn durch Bekanntwerden der Wettbewerb seiner Konkurrenten gesteigert oder sonst der eigene Betrieb geschädigt werden würde ¹⁸⁾, bzw. kürzer: wenn das Geheimgehaltene für die Wettbewerbsfähigkeit des Inhabers Bedeutung hat ¹⁹⁾. Auch § 71 Abs.2 S.2 schützt, wie sich bereits aus der Begründung zu § 39 RegE ²⁰⁾ (der der jetzigen Regelung des Akteneinsichtsrechts zugrunde lag) ergibt, nur das "... berechnigte Interesse" eines Unternehmens an der Geheimhaltung "... von Einzelheiten über geschäftliche Beziehungen oder sonstige Verhältnisse, ... die es nicht im Zusammenhang mit einem vor der Kartellbehörde laufenden Verfahren jedem Beteiligten und damit auch konkurrierenden Unternehmen offenlegen will ..." ²¹⁾. Haben die im Einzelfall als geheim bezeichneten Tatsachen für die Wettbewerbsfähigkeit des Inhabers tatsächlich keine Bedeutung, so besteht keine Notwendigkeit, diese Tatsachen den anderen Verfahrensbeteiligten vorzuenthalten.

18) Tetzner, § 17 UWG Rz.11 unter Bezugn. auf RG GRUR 1936, S.183; BGH 15.3.1955, GRUR 1955, S.424, 425; Reimer/v.Gamm, § 17 UWG Rz.2

19) Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG Rz.6

20) BT Drs.II/1158, Anl.1 S.12

21) aaO.

Gegen die Zugrundelegung der Willenstheorie spricht darüber hinaus gerade im Amtsermittlungsverfahren auch das Interesse der Behörde und des Gerichts an vollständiger Sachaufklärung unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten. Bei ausschließlicher Orientierung an einem subjektiven Maßstab würde die Gefahr bestehen, daß entscheidungserhebliche Tatsachen, wenn sie für die jeweils Betroffenen ungünstig und nicht allgemein zugänglich, also offenkundig sind, generell als Geschäftsgeheimnisse deklariert werden. Sie könnten damit den übrigen Beteiligten nicht zugänglich gemacht sowie demzufolge auch grundsätzlich nicht in der Entscheidung des Beschwerdegerichts verwertet werden (§ 70 Abs.1 S.2).

4. Zwischenergebnis

Als Geschäfts-, Fabrikations- oder Betriebsgeheimnis ist daher jede Tatsache anzusehen, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb steht, nicht offenkundig ist, für die Wettbewerbsfähigkeit des Inhabers Bedeutung hat und nach dem bekundeten Willen des Geheimnisinhabers geheimgehalten werden soll ²²⁾.

22) vgl. OLG Düss, 5.7.1977, WuW 1881, 1887
"Anzeigenpreise"

II. Besondere Begriffsmerkmale des Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses in Kartellverwaltungsachen

1. Tatsachen, die einen GWB-Verstoß offenbaren können

Wegen der Besonderheit des Verwaltungs- und Beschwerdeverfahrens dürfen nach Ansicht von K.Schmidt - unabhängig vom Vorliegen der oben behandelten Kriterien - Tatsachen, die nur deshalb geheim gehalten werden, weil sie einen GWB-Verstoß offenbaren können, die für sich allein jedoch keinen Geheimhaltungswert besitzen, nicht als Geschäftsgeheimnisse anerkannt werden ²³⁾.

Diese Auffassung läßt sich auf die im Rahmen des § 17 UWG angestellte - jedoch umstrittene - Überlegung stützen, daß bei Geschäftsgeheimnissen, die gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten verstoßen, mangels berechtigten Geheimhaltungsinteresses die Grenze der Schutzzfähigkeit überschritten sei ²⁴⁾, allerdings mit der Einschränkung, daß der Kartellbehörde gegenüber gemäß § 46 Abs.5 keine Offenbarungspflicht bei Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung besteht. Das im Rahmen des § 17 UWG vorgebrachte Gegenargument, der Arbeitnehmer solle (unter Vermeidung eigener strafbarer Handlungen) nicht über die Qualität ihm bekannter Tatsachen urteilen, sich nicht zum

23) K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.11; ähnlich Wieckmann, WuW 1983, S.14

24) so LArbG Berlin, 12.12.1968, BB 1970, S.710; Tetzner, § 17 UWG Rz.10; a.A. Reimer/v.Gamm, § 17 Rz.3

"Sittenrichter" über seinen Arbeitgeber erheben dürfen ²⁵⁾, kommt hier nicht zum Tragen. Die Kartellbehörde ist ja gerade ausdrücklich ermächtigt, das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen zu überwachen. Dennoch führt diese Art der Begriffsbestimmung im Ergebnis kaum weiter, da die Abgrenzung der Tatsachen, die nicht unter die Schutzvorschrift des § 71 Abs.2 S.2 fallen sollen, weil sie einen GWB-Verstoß offenbaren können, erhebliche praktische Probleme aufwirft. Es ist erst das Ziel des jeweiligen Verfahrens, festzustellen, ob überhaupt eine von vornherein nichtige (§ 15), unwirksame (§§ 1, 20), verbotene (§§ 25, 26 Abs.1 und 2) oder zwar erlaubte, aber "verbotbare" ²⁶⁾ Handlung (§§ 17, 18, 24 Abs.2) i.S.d. GWB vorliegt. Daher erscheint es problematisch, insbesondere auch in anbetracht der Vielzahl von Freistellungsmöglichkeiten und des der Behörde eingeräumten weiten Ermessensspielraums, bereits während des Verfahrens bei der Feststellung, ob bestimmte Tatsachen geheimhaltungsbedürftig sind oder nicht, diese Würdigung vorwegzunehmen. Geht es um die auf angebliche Geheimhaltungsbedürftigkeit gestützte Weigerung eines Unternehmens, den Inhalt eines der Kartellbehörde bereits bekannten Kartellvertrages i.S.d. § 1 oder eines gemäß § 18 zu verbotenden Vertriebssystems auch den übrigen Beteiligten gegenüber offenzulegen, liegt bereits nach den allgemeinen Begriffsmerkmalen - nicht offenkundig berechtigtes Geheimhaltungsinteresse - kein Geschäftsgeheimnis vor. Trotz entgegenstehenden Willens

25) Reimer/v.Gamm, § 17 UWG Rz.3 m.w.N.

26) vgl. K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.8

fehlt in diesen Fällen das berechnigte Geheimhaltungsinteresse, weil die durch kartellrechtswidrige Vereinbarungen begründete oder verbesserte Wettbewerbsfähigkeit weder nach dem GWB noch nach dem UWG geschützt wird.

2. Tatsachen, deren Verwertung zur Anwendung der GWB-Normen notwendig ist

Eine Beschränkung des Umfangs geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen in Kartellverwaltungssachen soll sich nach K.Schmidt auch aus der Außenwirkung wettbewerbsbeschränkender Sachverhalte ergeben, die auf den Begriff des Betriebsgeheimnisses durchschlage und diesen mit der Folge einenge, daß Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, deren Verwertung es für die Anwendung von GWB-Normen bedarf, keine Geheimnisse i.S. von § 30 VwVfG sind ²⁷⁾.

Eine derartige Einschränkung der Geheimhaltung in Kartellverwaltungssachen, die vom Vertreter dieser Ansicht selbst für "nicht unzweifelhaft" gehalten wird ²⁸⁾, erlaubte zwar in vielen Fällen die Überwindung des bei Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber allen oder einzelnen Verfahrensbeteiligten grundsätzlich eintretenden Verwertungsverbotes (§§ 71 Abs.2 S.3; 70 Abs.1 S.2), wäre jedoch keine normzweckbezogene Einschränkung des Geheimnisbegriffes mehr, sondern würde den Geheimnisschutz im GWB insgesamt aufheben. Dies gilt insbesondere seit Ausweitung der Fusionskontrolle,

27) in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.8

28) K.Schmidt, aaO.

da im Fusionskontrollverfahren praktisch jede als Geschäftsgeheimnis bezeichnete Tatsache, die bei den Ermittlungen zutage tritt, in Zusammenhang mit irgendeiner Norm des GWB gebracht werden kann ²⁹⁾.

3. Beachtung der Strafvorschriften

Bei allen Überlegungen zur Einschränkung des Umfangs geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen durch Entwicklung eines eigenständigen Geheimnisbegriffs für das Kartellverwaltungsverfahren, die die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen auch gegen den Willen des Geheimnisinhabers ermöglichen, sind die Strafvorschriften der §§ 203, 353 b Abs.1 StGB zu beachten. Legt die Kartellbehörde etwa, gestützt auf die Überlegungen K.Schmidts, Unterlagen vor, die entscheidungserheblich sind, jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Begriffsmerkmale Geschäftsgeheimnisse enthalten, kann sie sich strafbar machen. Schon aus diesem Grund ist die Entwicklung besonderer Begriffsmerkmale nur für das Kartellverwaltungsverfahren ohne gleichzeitige Abstimmung der Strafvorschriften hierauf äußerst problematisch.

29) so zu Recht Wieckmann, WuW 1983, S.22

4. Ergebnis

Auch in Kartellverwaltungssachen bleibt der o.a. Definition des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses. Hiervon zu unterscheiden ist der Proh. ob im Einzelfall trotz berechtigter Geheimhaltungsinteressen aufgrund materiellrechtlicher Informationspflichten und/oder prozessualer Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der Verfahrensbe- untereinander Geschäftsgeheimnisse offenbart werden müssen ³⁰⁾.

30) vgl. dazu unten, § 4 II, S.118

III. Anhaltspunkte für die Offenkundigkeit

1. Tatsachen aus dem technischen Bereich

Die Offenkundigkeit solcher Tatsachen läßt sich unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur zu § 21 Abs.2 feststellen. Ein Betriebsgeheimnis liegt danach nicht mehr vor, wenn jedem Fachmann das fragliche technische Wissen unter Einsatz der in der Praxis üblichen Verfahren und Aufwendungen zugänglich ist ³¹⁾, wenn die Lehre durch eine Patentanmeldung offengelegt ist ³²⁾ sowie nach richtiger Ansicht ³³⁾ grundsätzlich nicht, wenn auch die Konkurrenten Zugang zu dem fraglichen technischen Wissen haben oder jeder Fachmann ermitteln kann, daß ein bestimmter Betrieb nach einem bestimmten Verfahren vorgeht. Unter ganz besonderen Voraussetzungen kann auch ein an sich bekanntes Verfahren ein Betriebsgeheimnis darstellen, sofern nur unbekannt ist, daß ein bestimmter Betrieb danach verfährt. In diesen Fällen sind zwar Lizenznehmerbeschränkungen über § 20 hinaus nicht gerechtfertigt ³⁴⁾, weil § 21 als privilegierende Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist; dennoch kann z.B. in Fusionskontrollverfahren ein im Einzelfall besonders zu begründendes, den verfahrensbeteiligten Konkurrenten gegenüber ge-

31) Emmerich in Immenga/Mestmäcker, § 21 Rz.22 unter Bezugnahme auf Henkels, Betriebsgeheimnis, S.27 ff.

32) BGH 5.5.1967, WuW/E 838, 846 "Fischbearbeitungsmaschine"

33) Emmerich, aaO.

34) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 21 Rz.2; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, § 21 Rz.18, 23

rechtfertigtes Geheimhaltungsinteresse in bezug auf diese Tatsache bestehen: wenn gerade die Geheimhaltung des angewendeten Verfahrens (das vielleicht ursprünglich für die Herstellung ganz anderer Produkte entwickelt wurde) die Wettbewerbsfähigkeit begründet und/oder erweitert.

2. Tatsachen aus dem kaufmännischen Bereich

Diese Tatsachen sind jedenfalls offenkundig, wenn sie in Jahresabschlüssen, Bilanzen oder statistischen Berichten bekanntgemacht wurden, auch wenn diese Veröffentlichungen zurückliegen. Handelt es sich bei den Verfahrensbeteiligten um publizitätspflichtige Unternehmen i.S. des Aktiengesetzes, sind alle in § 151 AktG aufgeführten Tatsachen offenkundig. Bei der GmbH sind zumindest die in den Kurzberichten zur Bilanz enthaltenen Tatsachen in der Regel einem so großen Personenkreis bekannt, daß es sich dabei nicht mehr um Geschäftsgeheimnisse handelt. Das gilt allgemein auch für die aus der Wirtschaftspresse zu entnehmenden Tatsachen, zumal diese meist von den Unternehmen selbst bekanntgegeben wurden.

Offenkundig sind auch die aus solchen Tatsachen möglichen Schlüsse, jedenfalls soweit sie ohne Einschaltung besonderer Hilfsmittel möglich sind ³⁵⁾.

35) durch Eingabe zahlreicher "offenkundiger" Daten in eine Rechenanlage sind u.U. weitergehende Schlüsse auf an sich nicht offenkundige Tatsachen möglich.

Nach der Rechtsprechung zu § 17 UWG sollen auch Tatsachen geheim, d.h. nicht offenkundig sein, die sich zwar aus theoretisch allgemein zugänglichen Quellen entnehmen lassen, deren Quellen dem Interessenten jedoch nur unter Schwierigkeiten und Opfern zugänglich sind ³⁶⁾.

Das trifft auf die zuvor genannten Quellen nicht zu. Ist es im Einzelfall erforderlich, Zahlenmaterial aus verschiedenen, allgemein zugänglichen Quellen zusammenzustellen, dürfte dies ebenfalls noch kein besonderes "Opfer" i.S. dieser Rechtsprechung darstellen.

Soweit als Geschäftsgeheimnisse bezeichnete Tatsachen nach den obigen Ausführungen offenkundig sind, können sie trotz entgegenstehendem Geheimhaltungswillen Verfahrensbeteiligter oder Dritter in das Verfahren eingeführt werden.

36) so BGH, 21.12.1962, GRUR 1963, S.367, 370

IV. Kriterien zur Feststellung berechtigter Geheimhaltungsinteressen

1. Vertraulichkeit als Wettbewerbsparameter

Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse liegt in Anlehnung an Rechtsprechung und Literatur zum UWG vor, wenn die als geheim bezeichneten Tatsachen für die Wettbewerbsfähigkeit des Inhabers Bedeutung haben ³⁷⁾. Das ist dem Normzweck des UWG ³⁸⁾ entsprechend der Fall, wenn gerade die Möglichkeit, bestimmte geschäftliche Daten vertraulich zu behandeln, den wettbewerblichen Handlungsspielraum eröffnet oder erweitert.

Dieser durch die Vertraulichkeit als Mittel im Wettbewerb eröffnete Handlungsspielraum ³⁹⁾ wird gemäß § 1 gewissermaßen umgekehrt gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch planmäßigen Austausch solcher geschäftlicher Daten geschützt. Zur Feststellung, wann gerade die Vertraulichkeit bestimmter Daten Mittel im Wettbewerb und damit in bezug auf diese Daten ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse anzuerkennen ist, kann daher auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die in Recht-

37) vgl. Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG Rz.6; BGH 15.3.1955, GRUR 1955, S.424, 425

38) vgl. dazu Baumbach/Hefermehl, Allg. Grundlagen, Rz.79; Einl. z. UWG, Rz.48: Aufstellen obj. Verhaltensnormen zum Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung der Marktteilnehmer

39) vgl. dazu Markert, DB 1963, S.1455; Sacker, BB 1967, S.685

sprechung und Literatur zur Abgrenzung der wettbewerbsbeschränkenden Marktinformationssysteme von zulässigen Marktinformationsverfahren und lediglich statistischen Zwecken dienenden Meldeverfahren entwickelt wurden ⁴⁰⁾. Würde der freiwillige Austausch bestimmter Daten unter verfahrensbeteiligten Wettbewerbern danach durch Ausschluß des Aktionsparameters "Geheimwettbewerb" tendenziell zu einer Stabilisierung des Wettbewerbs und im Ergebnis zu einer Verminderung der Wettbewerbsintensität führen ⁴¹⁾, steht gleichzeitig fest, daß bei diesen Daten die Vertraulichkeit Wettbewerbsmittel ist. Auch das zufällige Bekanntwerden derartiger Daten durch Akteneinsicht oder anderweitige Einführung in das Verfahren begründet dann zumindest die Gefahr einer - allerdings ungewollten - Beschränkung des wettbewerblichen Handlungsspielraums. In bezug auf solche Tatsachen ist daher grundsätzlich ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse Verfahrensbeteiligter und Dritter anzuerkennen.

2. Tatsachen, deren bewußter Austausch gegen § 1 verstößt

Als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.d. § 1 wird nach überwiegender Ansicht etwa die Verpflichtung zum Austausch des Inhalts von Geschäftsabschlüssen mit individuellen Preisen, Rabatten und Konditionen im Rahmen sog. Preisinformations-

40) dazu allg. Immenga in Immenga/Mestmäcker, § 1 Rz.481 ff. mit zahlr. Nachweisen

41) vgl. dazu eingehend Immenga, aaO., Rz.486

verfahren angesehen ⁴²⁾. Auch Vertreter der Ansicht, daß mangels Bindung des Wettbewerbsverhaltens der Vertragspartner der Austausch dieser Daten keinen Verstoß gegen § 1 darstelle ⁴³⁾, leugnen jedenfalls nicht die grundsätzliche Vertraulichkeit dieser Daten.

Unbedenklich sollen nur nicht identifizierende Preismeldeverfahren sein, wenn lediglich Auskünfte über Durchschnittspreise erteilt werden und Rückschlüsse auf einzelne Geschäfte nicht möglich sind ⁴⁴⁾. Für ebenfalls unbedenklich werden rein statistische Meldeverfahren und Marktanalysen gehalten ⁴⁵⁾, wenn lediglich Durchschnittswerte zur Weitermeldung gelangen, die eine Identifizierung einzelner Kunden oder Lieferanten und Einzelgeschäfte ausschließen ⁴⁶⁾. Dasselbe gilt für Marktforschungs- und Entwicklungsprognosen ⁴⁷⁾.

-
- 42) vgl. Presseinformation des BKartA Nr. 8/77 v. 24.1.1977, abgedr. bei Immenga/Mestmäcker, Textanhang 2; BGH 29.1.1975, WuW/E 1337, 1342 "Aluminium-Halbzeug"; KG 8.5.1970, WuW/E OLG 1117, 1122 "Fernmeldekabel-Gemeinschaft"; Immenga aaO., Rz. 486; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 1 Rz. 187, 188
- 43) Müller-Henneberg im GK, § 1 Rz. 116; Müller/Giessler/Scholz, § 1 Rz. 109
- 44) Schreiben des BKartA, WuW 1976, S. 581 ff.; Immenga in Immenga/Mestmäcker, § 1 Rz. 488; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 1 Rz. 189
- 45) Immenga aaO., Rz. 491; Müller-Henneberg aaO., § 1 Rz. 116; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 1 Rz. 191; Müller/Giessler/Scholz, § 1 Rz. 107
- 46) BKartA, aaO.
- 47) Immenga, aaO., Rz. 493; Müller-Henneberg, aaO., Rz. 116; Müller/Giessler/Scholz, aaO., Rz. 107; Kooperationsfibel, S. 19

Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht bei Übertragung dieser Beurteilungskriterien jedenfalls in bezug auf die Preise und/oder Erlöse einschließlich der Preisermittlungsgrundlage ⁴⁸⁾, Rabatte ⁴⁹⁾ und Konditionen ⁵⁰⁾, die bestimmten Geschäftsabschlüssen eines verfahrensbeteiligten Unternehmens oder auskunftspflichtigen Dritten zugrunde liegen. Kommt es auf solche Daten entscheidungserheblich an, so ist die Einführung in das Verfahren ohne Verletzung berechtigter Geheimhaltungsinteressen möglich, wenn anstelle ihrer unmittelbaren Verwertung stattdessen Durchschnittswerte ermittelt werden ⁵¹⁾, die eine Identifizierung der zugrundeliegenden Einzelwerte verhindern.

Berechtigte Geheimhaltungsinteressen wurden ferner - nach o.a. Kriterien zu Recht - angenommen bei Angaben über Finanzierungshilfen an Tankstelleninhaber ⁵²⁾, dem Forschungskostenanteil

-
- 48) vgl. dazu KG 24.8.1978, WuW/E OLG 2053, 2062 "Valium", dort wurde wegen der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der im Auskunftsverfahren über ihre Nettoerlöse befragten Fa. Centrafarm ein Sachverständiger mit der Ermittlung der Durchschnittserlöse beauftragt; vgl. auch Wieckmanns Beispiel: Unterschiedliche Preisgestaltung in Diskriminierungsfällen, WuW 1983, S.21
- 49) z.B. Existenz geheimen Rabattwettbewerbs in Fusionskontrollfällen, Wieckmann aaO., S.22
- 50) z.B. Konditionen für Großabnehmer, vgl. OLG Düss, 5.7.1977, WuW/E 1881, 1887 "Anzeigenpreise"
- 51) wie Fn.48)
- 52) KG 6.12.1968, WuW/E OLG 964, 969 "Auto-schmiermittel"

am Marktpreis eines Produkts ⁵³⁾ sowie bei Angaben über das Vorliegen einer marktreifen Erfindung ⁵⁴⁾. Verneint wurde die Geheimhaltungsbedürftigkeit dagegen bei Anzeigen-Volumen oder nach Anzeigenräumen und Märkteanzeigen aufgegliederten Anzeigenerlösen, weil es sich dabei um Daten für eine Mengenstatistik handele, deren Offenbarung dem Konkurrenten keine ausreichenden Aufschlüsse über die betriebswirtschaftliche Organisation gebe, um daraus Vorteile im Wettbewerb zu erlangen ⁵⁵⁾. Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ⁵⁶⁾ bestätigt im Ergebnis ebenfalls die Übertragbarkeit der zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Marktinformationssystemen im Rahmen des § 1 herangezogenen Kriterien auf die Feststellung berechtigter Geheimhaltungsinteressen Verfahrensbeteiligter oder Dritter im Einzelfall.

3. Drohender Mißbrauch durch die Verfahrensbeteiligten

Der oben entwickelte Ansatz zur Feststellung berechtigter Geheimhaltungsinteressen in Kartellverwaltungsverfahren ermöglicht es, bei der Beurteilung der Geheimhaltungsbedürftigkeit im Einzelfall berechnete Geheimhaltungsinteressen nicht allgemein - in bezug auf alle potentiellen Wettbewerber der Geheimnissinhaber -, sondern nur beschränkt auf den Kreis der Verfahrensbeteilig-

53) das ergibt sich mittelbar aus KG 24.8.1978, WuW/E OLG 2053, 2064 "Valium"

54) Wieckmann, WuW 1983, S.22/23

55) vgl. OLG Düssel, 5.7.1977, WuW/E 1881, 1888 "Anzeigenpreise"

56) aaO.

ten festzustellen ⁵⁷⁾. Stehen die Verfahrensbeteiligten nicht in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis zum Geheimnisinhaber oder sind die entscheidungserheblichen Betriebsinterna für die beteiligten Wettbewerber uninteressant ⁵⁸⁾, begründet das Bekanntwerden interner Daten (abgesehen von der Gefahr einer weitergehenden Verbreitung infolge der Behandlung im Verfahren, der durch Ausschluß der Öffentlichkeit gem. § 172 Ziff.2 GVG begegnet werden kann) nicht die Gefahr einer Beschränkung des wettbewerblichen Handlungsspielraums.

57) so andeutungsweise OLG Düss, aaO., S.1887; ausdrücklich Stürner, Aufklärungspflicht, S.219

58) vgl. Stürner, aaO.; OLG Düss, aaO.

V. Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse unter den in Kartellverwaltungssachen entscheidungserheblichen Tatsachen

1. Inhalt von Kartellverträgen und -beschlüssen

Der Inhalt von Kartellverträgen und -beschlüssen i.S.d. 1. Abschnitts (§§ 1 bis 14) stellt kein Geschäftsgeheimnis dar. Bei wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gem. § 1 fehlt das berechtigte Geheimhaltungsinteresse. Ein ggf. subjektiv bestehendes Geheimhaltungsinteresse ist nicht schutzwürdig, weil die Bestimmungen des Kartellvertrages gerade dazu dienen, den wettbewerblichen Handlungsspielraum einzuschränken ⁵⁹⁾.

Da Verträge und Beschlüsse über Erlaubnis-kartelle (§§ 4, 5 Abs.2 und 3, 6 Abs.2, 7 und 8) und Widerspruchskartelle (§§ 2, 3, 5 Abs.1, 5a Abs.1, 5b Abs.1, 6 Abs.1) ohnehin gem. § 9 ihrem wesentlichen Inhalt nach in das Kartellregister einzutragen sind und damit öffentlich zugänglich werden (§ 9 Abs.6), besteht bereits während des Verfahrens über die Erlaubnis oder die Anmeldung kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse.

Bei Konditionen- und Rabattekartellen sind die potentiell beizuladenden wirtschaftlich Betroffenen vor der Anmeldung zu hören (§§ 2 Abs.2, 3 Abs.2), so daß hier bereits während des Verfahrens der Vertragsinhalt einem so großen Personenkreis bekannt ist, daß Offenkundigkeit vorliegt.

59) vgl. oben IV., S.15

2. Inhalt sonstiger Verträge

Der Inhalt sonstiger Verträge i.S.d. 2. Abschnitts (§§ 15 bis 21) stellt wegen Offenkundigkeit kein Geschäftsgeheimnis dar, wenn z.B. im Rahmen eines Vertriebssystems (dasselbe gilt für Einkaufssysteme) Formularverträge soweit verbreitet sind, daß den Konkurrenten die Kenntnisnahme auch ohne Teilnahme am Verwaltungsverfahren möglich ist ⁶⁰⁾. Ansonsten muß in jedem Einzelfall entschieden werden, ob ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse in bezug auf den Vertragsinhalt besteht, wenn gerade dessen Vertraulichkeit den wettbewerblichen Handlungsspielraum eröffnet oder erweitert.

3. Geheimhaltungsbedürftigkeit einzelner Tatbestandsmerkmale

Die weiteren in Kartellverwaltungsverfahren entscheidungserheblichen Tatbestandsmerkmale (einschließlich der ihrer Feststellung zugrunde liegenden Daten) lassen sich in die Stellung der Unternehmen am Markt kennzeichnende sog. quantitative Merkmale ⁶¹⁾ und die Art und Intensität der Wettbewerbsbeschränkung betreffende sog. qualitative Merkmale ⁶²⁾ unterteilen.

a) Quantitative Merkmale

Zu diesen gehören in erster Linie die der Entscheidung über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung

60) vgl. KG 6.12.1968, WuW/E OLG 964, 969 "Auto-schmiermittel"

61), 62) zur Begriffsbildung im einzelnen vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker, § 5b Rz 59 ff.

zugrundeliegenden Daten, aus denen Marktanteile, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen (§ 22 Abs.1 Ziff.2), Beschäftigtenzahl und Umsatzerlöse insgesamt (§§ 22 Abs.3, 23 Abs.5 Ziff.3 sowie Marktanteile und Umsatzerlöse bestimmter Arten von Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 23 Abs.6) ersichtlich sind. Ferner gehören hierher die zur Berechnung der Marktanteile kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 5b) erforderlichen Daten.

Diese Daten sind nach den behandelten Kriterien ⁶³⁾ nur ausnahmsweise geheimhaltungsbedürftig.

Die Marktanteile bei bestimmten Arten von Waren oder gewerblichen Leistungen sind den statistischen Daten vergleichbar, die keine Rückschlüsse auf die Bedingungen einzelner Geschäftsabschlüsse ermöglichen. Ausnahmsweise ist bei nichtveröffentlichten Marktanteilen bestimmter Arten von Waren oder gewerblichen Leistungen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse anzunehmen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß ihre Vertraulichkeit Mittel im Wettbewerb ist. Angenommen wurde dies z.B. für die tatsächlich geheimgehaltenen Marktanteile von Kosmetikartikeln; hier soll die Geheimhaltung vermeiden, daß Konkurrenzfirmen versuchen, in bestimmte Produktbereiche werbewirksam einzudringen.

63) vgl. oben, III, IV, S.12 ff.

Entscheidende Anhaltspunkte für den Umfang der Finanzkraft (d.h. die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens, insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten nach Eigen- und Fremdfinanzierung sowie seinen Zugang zum Kapitalmarkt ⁶⁴⁾), lassen sich i.d.R. bereits aus den Jahresabschlüssen (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, § 128 AktG), die von den meist in Form der AG organisierten Großunternehmen ohnehin veröffentlicht werden müssen (§ 177 Abs.1 AktG) und damit offenkundig sind, entnehmen. Das gilt auch für den cash flow ⁶⁵⁾ (die Summe aus Gewinn, Abschreibungen und Rückstellungen in einem Referenzzeitraum), der als wichtigste Meßzahl für die Finanzkraft in Betracht kommt ⁶⁶⁾.

Bei Unternehmen, die in der Rechtsform der GmbH organisiert sind, ist der Jahresabschluß meist einer so großen Anzahl von Personen tatsächlich bekannt, daß auch hier die in §§ 151, 157 AktG ⁶⁷⁾ aufgeführten Daten bereits offenkundig sind und sich die Frage der Geheimhaltungsbedürftigkeit damit nicht stellt.

Ausnahmsweise kann jedoch auch bei publizitätspflichtigen Unternehmen, etwa im Rahmen einer Sanierungsfusion, ein glaubhaft zu machendes, berechtigtes Interesse bestehen, Einzelheiten über die tatsächlich derzeit vorhandenen finanziellen Ressourcen geheimzuhalten, wenn die Gefahr besteht, daß ein Bekanntwerden der Zahlen

64) vgl. Tätigkeitsbericht 1973, Bt Drs. 7/2250, S.6

65) vgl. dazu BKartA, 12.5.1976, WuW/E 1625, 1628 "GKN-Sachs"

66) so Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 22 Rz.64

67) mangels Regelung im GmbHG wird auch die GmbH-Bilanz einschl. Gewinn- und Verlustrechnung meist nach diesen Vorschriften gegliedert

in der Öffentlichkeit zum sofortigen Kollaps des Unternehmens führt.

Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht jedoch auch bei publizitätspflichtigen Unternehmen in bezug auf den für die Beurteilung der Finanzkraft relevanten ⁶⁸⁾ Umfang der stillen Reserven.

Der Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, d.h. die Organisation des Einkaufs oder Vertriebs - auch auf der Großhandelsebene -, wird meist allgemein bekannt und damit offenkundig sein. Sollen diese Daten dennoch geheimgehalten werden, so ist darzulegen, aus welchen Gründen im Einzelfall die Vertraulichkeit ein Mittel im Wettbewerb darstellt. Die bestehenden Verflechtungen eines Unternehmens sind offenkundig, wenn es sich um Beteiligungen von über 25 % an einer Aktiengesellschaft oder anderen Kapitalgesellschaften handelt, die gemäß §§ 20, 21 AktG mitteilungs-pflichtig sind. Auch kleinere Beteiligungen bis zu 25 % an Kapitalgesellschaften und Beteiligungen an Personengesellschaften können für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung relevant sein ⁶⁹⁾. Hier ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Vertraulichkeit der Beteiligung (shöhe) den wettbewerblichen Handlungsspielraum tatsächlich erweitert.

68) vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 22 Rz.64 m.w.N.

69) vgl. BKartA 15.12.1978, WuW/E 1831, 1832 "hydraulischer Schreitausbau"

Die Umsatzerlöse eines Unternehmens insgesamt sind bei publizitätspflichtigen Kapitalgesellschaften aus der Gewinn- und Verlustrechnung ersichtlich (§ 157 Abs.1 Nr.1 AktG) und damit offenkundig. Da es sich beim Gesamtumsatzerlös eher um einen statistischen Wert handelt, der keine Rückschlüsse auf die Konditionen einzelner Geschäfte zuläßt, besteht auch bei nichtpublizitätspflichtigen Unternehmen in bezug auf diese Angaben grundsätzlich kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse⁷⁰⁾.

Die Umsatzerlöse für bestimmte Waren oder gewerbliche Leistungen sind als nicht identifizierende statistische Werte ebenso wie die Marktanteile nur geheimhaltungsbedürftig, wenn gerade ihre Vertraulichkeit aus glaubhaft zu machenden Gründen ein Mittel im Wettbewerb darstellt, weil z.B. im Zusammenhang mit der bekannten, ebenfalls entscheidungserheblichen Stückzahl Rückschlüsse auf die Konditionen einzelner Geschäfte möglich sind oder, bei besonders hartem Konkurrenzkampf, die Umsatzkenntnis Schwächen des Konkurrenten bloßlegt, die es dem Wettbewerber ermöglichen, ihn aus dem Markt zu drängen⁷¹⁾.

Die sog. quantitativen Merkmale und die diesen zugrundeliegenden Daten sind damit vor allem bei publizitätspflichtigen Unternehmen weitgehend offenkundig. Da diese Tatsachen in erster Linie die Marktstellung des Unternehmens kennzeichnen und nur mittelbar Rückschlüsse auf

70) so Stürner, Aufklärungspflicht, S.219

71) vgl. Stürner, aaO.

das Wettbewerbsverhalten zulassen, fehlt darüber hinaus grundsätzlich ein berechtigtes Interesse an ihrer vertraulichen Behandlung. Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht nur, wenn diese Daten ggf. im Zusammenhang mit weiteren bereits bekannten Daten im Einzelfall Rückschlüsse auf die Art und Intensität des Einsatzes von Wettbewerbsparametern zulassen, bei denen gerade die Vertraulichkeit den wettbewerblichen Handlungsspielraum erweitert.

b) Qualitative Merkmale

Zu diesen gehören die auf einem Markt eingesetzten Wettbewerbsparameter - Preis (einschließlich Grundlagen der Preisermittlung), Qualität, Art des Einkaufs und Vertriebs, Rabattumfang, Werbung, Forschung und Entwicklung⁷²⁾. Auf den Einsatz dieser Mittel kommt es zur Beurteilung der die Art und Intensität der Wettbewerbsbeschränkung betreffenden Tatbestandsmerkmale - z.B. mißbräuchliches Verhalten i.S.d. § 22 Abs.4, Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen i.S.d. § 24 Abs.1, unbillige Behinderung i.S.d. § 26 Abs.2⁷³⁾ - an.

72) vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker, § 5b Rz.61

73) vgl. im übrigen §§ 5 Abs.2; 5a Abs.1 S.1; 5 b Abs.1 2.Hs.; 18 Abs.1 Ziff.4a; 26 Abs.3

Da der planmäßige Informationsaustausch über diese Wettbewerbsparameter unter potentiellen Wettbewerbern nach überwiegender Ansicht den Tatbestand einer gemäß § 1 verbotenen Vereinbarung erfüllen würde, ist bei diesen Daten umgekehrt auch grundsätzlich ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse anzuerkennen, es sei denn, im Einzelfall sind besondere Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung ersichtlich. Diese Daten können daher zum Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen nur im Rahmen von Zusammenfassungen in anonymisierter Form in das Verfahren eingeführt werden. Die zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse erforderliche Anonymisierung muß dabei den Anforderungen der Literatur und Verwaltungspraxis an die gemäß § 1 erlaubten statistischen Meldeverfahren und Marktanalysen entsprechen ⁷⁴⁾. Auch bei der Einführung anonymisierter Zusammenfassungen solcher Daten ist jedoch Vorsicht geboten, weil in sachkundigen Kreisen u.U. Rückschlüsse auf die zugrundeliegenden Einzeldaten möglich sind. Gerade auf oligopolistischen Märkten kennen die verfahrensbeteiligten Wettbewerber die Branchenverhältnisse meist so gut, daß sie aus einer für Durchschnittsleser unverfänglichen Aufstellung oder Zusammenfassung entscheidende wirtschaftliche Rückschlüsse ziehen können ⁷⁵⁾.

74) vgl. oben, Fn.40), 45), 46)

75) so Junge im GK, § 46 Rz.30

Die Probleme, die sich bei der Verwertung solcher Zusammenfassungen im Hinblick auf den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit und das rechtliche Gehör der (übrigen) Verfahrensbeteiligten stellen, werden unten ⁷⁶⁾ behandelt.

76) vgl. § 4 II., S.115 ff.

VI. Entscheidungsbefugnis über die Geheimhaltungsbedürftigkeit

1. Entscheidungsbefugnis nicht überprüfbar

Eine § 99 VwGO entsprechende Regelung fehlt im GWB. Es ist daher ausschließlich Sache der Kartellbehörde, gem. § 71 Abs.2 S.2 zu entscheiden, ob sie die Zustimmung zur Einsicht in die ihr gehörigen Unterlagen erteilt ⁷⁷⁾. Da diese Entscheidung keine anfechtbare Verfügung ist, kann sie von den Beteiligten nicht gesondert angegriffen werden ⁷⁸⁾. Auch das Beschwerdegericht kann diese Entscheidung nach dem Wortlaut des § 71 Abs.2 nicht nachprüfen. Die Ansicht, wonach das Gericht - weil es selbst zum Schutz von Fabrikations-, Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen aufgerufen sei - die Akteneinsicht trotz Zustimmung der Kartellbehörde zumindest versagen könne ⁷⁹⁾, findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze.

Das Beschwerdegericht hat jedoch über die Zustimmung zur Einsicht in die im Rahmen eigener Ermittlungen erhaltenen Unterlagen zu entscheiden ⁸⁰⁾.

77) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.6

78) Hinz im GK, § 71 Rz.8

79) so K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.8

80) K.Schmidt, aaO.; Hinz aaO., Rz.3

2. Darlegungslast für das Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen

Hält die Kartellbehörde (das Beschwerdegericht) den als Geschäftsgeheimnis bezeichneten Vortrag der Parteien oder die mit einem Geheimhaltungsvermerk versehenen Auskünfte Verfahrensbeteiligter oder Dritter gem. § 46 ⁸¹⁾ für entscheidungserheblich und bestehen Zweifel am Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen, ist den Betroffenen analog § 99 VwGO Gelegenheit zur Darlegung und ggf. Glaubhaftmachung des berechtigten Geheimhaltungsinteresses zu geben. Gelingt dies nicht und kommt die Kartellbehörde (das Beschwerdegericht) nach pflichtgemäßem Ermessen zum Ergebnis, daß kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht, so ist die Versagung der Zustimmung zur Akteneinsicht gemäß § 71 Abs.2 S.2 nicht geboten.

Aus § 71 Abs.2 ergibt sich, daß die Ergebnisse der nur durch das Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 46 Abs.5 begrenzten Ermittlungen der Kartellbehörde grundsätzlich Teil der Gerichtsakten werden, und damit der Akteneinsicht zumindest der Verfahrensbeteiligten gem. § 66 Abs.1 Ziff.1 u. 2 und Abs.2 unterliegen, während die Versagung der Zustimmung zur Akteneinsicht die Ausnahme darstellt. Mit der umfassenden Auskunftregelung des § 46 hat der Gesetzgeber grundsätzlich

81) nach Ansicht des KG 10.2.1982, WuW/E OLG 2767, 2769, sind Auskunftsbeschlüsse gegen ein im Verwaltungsverfahren unmittelbar betroffenes Unternehmen auch noch während des Beschwerdeverfahrens zulässig; a.A. v. Wallenberg, Anm. zu KG aaO., BB 1983, S.853 f.; differenzierend Autenrieth, AG 1983, S.187

dem Bedürfnis nach einer zutreffenden Sachentscheidung den Vorrang vor den subjektiven Interessen der betroffenen Unternehmen an der Geheimhaltung von Tatsachen eingeräumt⁸²⁾.

Es ist daher gerechtfertigt, den sich auf berechnete Geheimhaltungsinteressen berufenden Unternehmen die Darlegungslast für das Vorliegen der Ausnahme, d.h. der Voraussetzungen für die Versagung der Akteneinsicht aufzuerlegen. Sie sind auch tatsächlich eher in der Lage, die Gründe für eine Gefährdung ihrer Wettbewerbsfähigkeit durch Bekanntwerden dieser Daten den anderen Verfahrensbeteiligten gegenüber anzuführen.

Da der Begriff des Geschäftsgeheimnisses im Ergebnis objektiv bestimmt wird und auch nach dem übrigen Wortlaut des § 71 Abs.2 S.2 die Zustimmung zur Akteneinsicht nicht vom Einverständnis des Geheimnisinhabers abhängt, kommt es auf seinen - ggf. weiter entgegenstehenden - Willen nicht an, wenn eine Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit nach Ansicht der Kartellbehörde trotz Darlegung angeblich berechtigter Geheimhaltungsinteressen nicht zu befürchten ist.

Auch die auskunftspflichtigen Dritten sind gem. § 46 gleichzeitig verpflichtet, die Verwertung ihrer Informationen im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren in den Grenzen des § 71 Abs.2 S.2 zu dulden.

82) vgl. KG aaO., S.2769

Die Darlegungslast für das Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen obliegt ihnen, ebenso wie den Verfahrensbeteiligten, bereits aus dem Gesichtspunkt der besseren Kenntnis des eigenen Bereichs.

Kartellbehörde und Beschwerdegericht werden sich jedoch selten über den geäußerten Geheimhaltungswillen Verfahrensbeteiligter und erst recht Dritter hinwegsetzen. Trotz bestehender Auskunftspflichten gem. § 46 und trotz der in § 69 Abs.3 S.2 vorgesehenen Sanktion sind die Ermittlungsmöglichkeiten nämlich in der Praxis davon abhängig, ob die auskunftsgebenden Unternehmen sich auf die von ihnen gewünschte Geheimhaltung verlassen können und daher besser kooperieren.

Mangels Haftungsprivilegierung ⁸³⁾ drohen der Kartellbehörde zudem bei Beurteilungsfehlern im Zusammenhang mit der Feststellung berechtigter Geheimhaltungsinteressen Schadensersatzforderungen in erheblichem Ausmaß.

83) vgl. für die Kartellbehörde § 839 Abs.1 S.1 BGB einerseits, für das Beschwerdegericht § 839 Abs.2 S.1 BGB andererseits

§ 2 Umfang der Akteneinsicht bei Vorliegen von
Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen

Da gemäß § 53 Abs.1 im Verwaltungsverfahren eine mündliche Verhandlung nicht obligatorisch ist, sind die Beteiligten zur Einflußnahme auf den Verfahrensablauf in erster Linie auf die Akteneinsicht angewiesen, die ihnen ausreichende Informationen über den Stand der Ermittlungen und das vermutliche Verfahrensergebnis ermöglicht.

Im Beschwerdeverfahren wird zwar aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 68) und unter Umständen nach einer Beweisaufnahme in entsprechender Anwendung der ZPO-Vorschriften (§ 72 Nr.2) entschieden. Die im GWB selbst enthaltene differenzierte Regelung der Akteneinsicht (§ 71) läßt jedoch erkennen, daß das Verfahren schon wegen des vorausgegangenen Verwaltungsverfahrens, wie jeder Verwaltungsprozeß⁸⁴⁾, vor allem an Akten und Urkunden orientiert ist⁸⁵⁾.

Fraglich ist, in welchem Umfang die Kartellbehörde /das Beschwerdegericht die Akteneinsicht der (ggf. einzelner) Verfahrensbeteiligten (er) zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen Beteiligter oder Dritter einschränken kann bzw. muß.

84) Zur Einordnung des Beschwerdeverfahrens als Verwaltungsprozeß vgl. KG 22.7.1970, WuW/E OLG 406; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 62 Rz.3

85) Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S.483

I. Umfang des Akteneinsichtsrechts der Verfahrensbeteiligten

1. Akteneinsichtsrecht der Hauptbeteiligten im Beschwerdeverfahren

Das Recht auf Einsicht in die Akten des Gerichts, mit Ausnahme der in § 299 Abs.3 ZPO genannten Entwürfe sowie Abstimmungen betreffende Schriftstücke, haben der Beschwerdeführer, der Beschwerdegegner (die Kartellbehörde, deren Verfügung angefochten wird) und das Bundeskartellamt im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen der Landeskartellbehörde (§ 71 Abs.1).

Ein Recht auf Einsicht in die in § 71 Abs.2 genannten Vorakten (Unterlagen aus dem Verfahren vor der Kartellbehörde einschließlich Akten aus vorangegangenen Ermittlungsverfahren) ⁸⁶⁾, Beiakten (beigezogene Akten aus anderen behördlichen oder gerichtlichen Verfahren) ⁸⁷⁾, Gutachten (zur Tat- und Rechtsfrage von sachkundigen Personen) ⁸⁸⁾, Auskünfte (Sachverhaltsangaben Dritter ohne Rücksicht darauf, wer sie angefordert hat) ⁸⁹⁾, besteht nur mit Zustimmung der Stellen, denen die Akten gehören oder die die Äußerung eingeholt haben.

2. Recht auf Akteneinsicht der Hauptbeteiligten auch im Verwaltungsverfahren

In den §§ 51 ff. ist kein Recht auf Akteneinsicht für das vorangehende Verwaltungsverfahren geregelt. Das ursprünglich in § 39 RegE ⁹⁰⁾ vorgesehene, umfassende Akteneinsichtsrecht für die "an einem Verwaltungsverfahren Beteiligten", einschließlich der

86), 87), 88), 89) so übereinstimmend Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.4; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.6; Hinz im GK, § 71 Rz. 3, 4; Wieckmann, WuW 1983, S.16

90)BT Drs.II/1158, Anl.1 S.12

Beigeladenen (§ 42 Abs.2 Ziff.3 RegE)⁹¹⁾, wurde vom Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik abgelehnt und gestrichen⁹²⁾. Ein Recht auf Akteneinsicht sollte nur in der Beschwerdeinstanz bestehen⁹³⁾. Anlaß für diese Streichung dürfte unter anderem die massive Kritik gegeben haben, die in der Literatur an § 39 RegE geübt wurde⁹⁴⁾.

Da das in § 39 RegE vorgesehene Recht auf Akteneinsicht bewußt gestrichen wurde, verneint Junge⁹⁵⁾ auch ein Akteneinsichtsrecht der Beteiligten aufgrund allgemeiner Verfahrensgrundsätze. Nach h.M. ist den Beteiligten jedoch auch ohne ausdrückliche Regelung in den §§ 51 ff. im Verwaltungsverfahren Akteneinsicht analog § 29 VwVfG zu gewähren⁹⁶⁾.

Dieser Meinung ist zu folgen, da die Beteiligten im Verwaltungsverfahren grundsätzlich Anspruch auf rechtliches Gehör haben⁹⁷⁾ und das Akteneinsichtsrecht hier ebenso wie im Beschwerdeverfahren der Ver-

91) vgl. aaO., S.13; Voraussetzung der Beiladung war jedoch die Berührung rechtlicher Interessen

92) vgl. Bericht des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik zu § 39 RegE, BT Drs.II/3644, S.36

93) s. § 57 a RegE, BT Drs.II/3644, S.46

94) vgl. Forsthoff in FS Isay, S.103 f.; Thomä, WuW 1956, S.402 f.

95) im GK § 46 Rz.32; anders jedoch ders., aaO., § 53 Rz.1

96) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 53 Rz.2; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.7; Westrick/Loewenheim, § 53 Rz.4; Wieckmann, WuW 1983, S.15; s.a. Junge, aaO.; KG 21.6.1979, WUW/E OLG 2140 "Einbauküchen"

97) K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.1; allg. zur Geltung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.103 Abs.1 GG, Rz.92 ff.

wirklichung dieses Rechts dient ⁹⁸⁾, zur Ausschöpfung des Rechts aus Art.103 Abs.1 GG sogar unerlässlich ein kann ⁹⁹⁾.

Ein solches, heute auch ohne spezialgesetzliche Vorschriften aufgrund allgemeiner Verwaltungsgrundsätze zu gewährendes Akteneinsichtsrecht (vor Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes wurde nach herrschender Auffassung Akteneinsicht nur nach pflichtgemäßem Ermessen gewährt ¹⁰⁰⁾, auch wenn ein Großteil der Literatur bereits damals für eine Ausdehnung des Rechts auf Akteneinsicht eintrat ¹⁰¹⁾, sollte durch die Streichung der vorgesehenen Spezialregelung in § 39 RegE nicht ausgeschlossen werden. Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung war vielmehr, abgesehen von den Problemen der Ausgestaltung der Akteneinsicht, die inzwischen überholte Auffassung, ein Recht auf Akteneinsicht in Verwaltungsverfahren sei unüblich und ungewöhnlich ¹⁰²⁾. Aus diesem Grund ist § 29 VwVfG, durch den der bisher streitige Umfang des allgemeinen Akteneinsichtsrechts außerhalb spezialgesetzlicher Vorschriften nach dem Prinzip der beschränkten Aktenöffentlichkeit geregelt wurde ¹⁰³⁾,

98) so Kopp, § 29 VwVfG Rz.2: Zum Zusammenhang zwischen Akteneinsicht und rechtlichem Gehör vgl. KG 21.6. 1979, WuW/E OLG 2140 "Einbauküchen"

99) so für das allg. Verwaltungsverfahren Borgs in Meyer/Borgs, § 29 VwVfG Rz.5

100) vgl. dazu Clausen in Knack, § 29 VwVfG Rz.2.1 m.zahlr.w.N.

101) vgl. Clausen, aaO., Rz.2.2 m.zahlr.w.N.

102) vgl. Rechtsausschuß Prot.II/214, S.28, zit. nach K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.7; ebenso Thomä, WuW 1956, S.403

103) vgl. Begr. zu § 25 RegE VwVfG, BT Drs.7/910 S.52, grundsätzliche Abkehr vom bislang geltenden Prinzip der Aktengeheimhaltung

nicht als spezialgesetzlich verdrängt¹⁰⁴⁾ anzusehen. Die Hauptbeteiligten haben daher gemäß § 29 VwVfG auch im Verfahren vor der Kartellbehörde ein Recht auf Akteneinsicht.

3. Umfang der Akteneinsicht durch die Beigeladenen

a) Im Beschwerdeverfahren

Gemäß § 71 Abs.3 ("kann") haben die Beigeladenen (§ 66 Abs.1 Nr.3) im Beschwerdeverfahren keinen unbedingten Anspruch auf Akteneinsicht¹⁰⁵⁾. Die Gewährung der Akteneinsicht steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts¹⁰⁶⁾. In bezug auf Akten-
teile, über die gemäß § 71 Abs.2 S.1 andere Verfahrensbeteiligte oder Dritte verfügungsberechtigt sind, darf die Akteneinsicht erst nach deren gesonderter Anhörung und Zustimmung analog § 71 Abs.2 S.1 erteilt werden¹⁰⁷⁾.

Die Zustimmung zur Akteneinsicht der Hauptbeteiligten gemäß § 71 Abs.2 S.1 enthält nicht automatisch die Freigabe des Akteninhalts zugunsten der Beigeladenen¹⁰⁸⁾. Aus der Entstehungsgeschichte

104) zur subsidiären Anwendung des VwVfG allg. vgl. Junge im GK, § 51 Rz.2

105) vgl. Bericht des BT Ausschusses f. Wirtschaftspolitik zu BT Drs.II/3644 S.36; inwieweit die Beschränkung verfahrensmäßiger Rechte einer Korrektur aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs bedarf, wird unten (§ 3) behandelt

106) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.10; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.7

107) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, aaO.

108) vgl. Hinz im GK, § 71 Rz.7; Wieckmann, WuW 1983, S.17; a.A.: K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.10

des § 71 Abs.3 ergibt sich, daß die ursprünglich vorgesehene Gleichstellung aller Verfahrens-beteiligten bei der Akteneinsicht u.a. zum Schutz der unmittelbar Betroffenen vor Geheimnisoffenbarung aufgegeben und der Kritik an der ursprünglich vorgesehenen Regelung folgend ein besonderes Anhörungsrecht für unmittelbar Betroffene vorgesehen wurde ¹⁰⁹⁾. Es können berechnigte Interessen der Verfügungsberechnigten bestehen, bei der Zustimmung zur Offenbarung vertraulicher Daten zwischen den Hauptbeteiligten und den Beigeladenen zu differenzieren. Dies insbesondere dann, wenn nur der Akteneinsicht durch die Hauptbeteiligten zugestimmt wird, um eine Verwertung bestimmter, an sich geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen in der Entscheidung zu ermöglichen ¹¹⁰⁾. Haben die Verfügungsberechnigten ihre Zustimmung zur Akteneinsicht durch die Beigeladenen erteilt, dann hat das Gericht die Akteneinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen zu gestatten.

b) Im Verwaltungsverfahren

Im Verwaltungsverfahren gewährt § 29 Abs.1 VwVfG seinem Wortlaut nach allen Beteiligten i.S.d. § 13 VwVfG ¹¹¹⁾, also auch den Beigeladenen (§ 13 Abs.2 VwVfG), einen Rechtsanspruch auf Akteneinsicht (ausgenommen Entwürfe zu Entscheidungen und die Arbeit zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung, § 29 Abs.1 S.2 VwVfG). Fraglich ist, ob die Beigeladenen (§ 51 Abs.2 Nr.4) damit im Verfahren vor der

109) vgl. oben, S. 36 und Fn.93), 94)

110) zum Umfang des Verwertungsverbotes bei versagter Akteneinsicht vgl. unten, § 3, S.54 ff.

111) vgl. Kopp, § 29 VwVfG Rz.10; Clausen in Knack, § 29 VwVfG Rz.4

Kartellbehörde, anders als im nachfolgenden Beschwerdeverfahren, grundsätzlich ein weitergehendes Recht auf Akteneinsicht haben. Dies hätte zur Folge, daß die mögliche Einschränkung des Akteneinsichtsrechts gemäß § 71 Abs.3 zumindest in bezug auf solche Tatsachen obsolet würde, die bereits Gegenstand des Verwaltungsverfahrens waren.

Durch § 29 Abs.1 S.1 2.Hs. VwVfG wird jedoch eingeschränkt, daß ein Rechtsanspruch auf Akteneinsicht nur besteht, "soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ... rechtlicher Interessen erforderlich ist". Sind durch das Verfahren keine rechtlichen Interessen ¹¹²⁾ der Beigeladenen, sondern lediglich erhebliche wirtschaftliche Interessen, d.h. berechnigte Interessen ¹¹³⁾ betroffen, so kann die Einsichtnahme abgelehnt werden ¹¹⁴⁾. Beteiligten, die gemäß § 51 Abs.2 Nr.4 wegen erheblicher Interessenberührung beige-laden wurden, ohne daß gleichzeitig ihre recht-

112) vgl. dazu Begr. zu § 25 RegE VwVfG, BT Drs.7/910, S.53: "Ein rechtliches Interesse eines Beteiligten (als Teilausschnitt des berechtigten Interesses) ist gegeben, wenn die Einsichtnahme bezweckt, eine tatsächliche Unsicherheit über ein Rechtsverhältnis zu klären, ein rechtlich relevantes Verhalten nach dem Ergebnis der Einsichtnahme zu regeln oder eine gesicherte Grundlage für die Verfolgung eines Anspruchs zu erhalten"

113) dazu Begr. zu § 25 VwVfG aaO.: "... der Begriff des rechtlichen Interesses (ist) ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse, das rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Natur sein kann."

114) vgl. Borgs in Meyer/Borgs, § 29 VwVfG Rz.13; Clausen, aaO., Rz.4.4; Kopp, aaO., Rz.8

lichen Interessen durch die Entscheidung der Kartellbehörden berührt werden ¹¹⁵⁾, ist daher auch im Verfahren vor der Kartellbehörde Akteneinsicht gem. § 29 Abs.1 S.1 2.Hs. nur im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens zu gewähren.

Eine über § 29 Abs.1 S.1 2.Hs. hinausgehende Einschränkung auch des Akteneinsichtsrechts der in ihren rechtlichen Interessen betroffenen Beigeladenen folgt unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 71 aus der Subsidiarität der Regelungen des VwVfG (§ 1 Abs.2 VwVfG). Das ursprünglich in § 39 RegE ¹¹⁶⁾ vorgesehene umfassende Recht auf Akteneinsicht auch für die Beigeladenen im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren ¹¹⁷⁾ wurde - abgesehen von der in allgemeinen Erwägungen begründeten Streichung für das Verfahren vor der Kartellbehörde - im Beschwerdeverfahren bewußt auf die Hauptbeteiligten beschränkt ¹¹⁸⁾. Diese jetzt auf § 71 Abs.3 beruhende Einschränkung der Akteneinsicht durch die Beigeladenen ist

als Spezialregelung auch für das Verfahren vor der Kartellbehörde anzusehen. Das Akteneinsichtsrecht der Beigeladenen im Verfahren vor der Kartellbehörde geht daher im Ergebnis nicht weiter als das Akteneinsichtsrecht im Beschwerdeverfahren gemäß § 71 Abs.3 ¹¹⁹⁾.

115) Schon in der Begr. zu § 25 RegE VwVfG, BT Drs.7/910 S.53, wird jedoch darauf hingewiesen, "...daß wirtschaftliche und rechtliche Interessen eng verflochten sei können, so daß auch derjenige, der ein wirtschaftliches Interesse hat, zugleich ein rechtliches Interesse haben kann."

116) BT Drs.II/1158, Anl.1 S.12

117) § 58 Ziff.1 RegE, aaO. S.15

118) vgl. Bericht des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik zu § 57 a RegE, BT Drs.II/3644 S.46

119) so auch Junge im GK, § 53 Rz.1-

4. Umfang der Akteneinsicht durch die in § 66 Abs.1 nicht genannten Beteiligten

In der lückenhaften Regelung ¹²⁰⁾ des § 66 nicht genannte, aber ebenfalls notwendig am Beschwerdeverfahren Beteiligte - z.B. der Antragsteller (§ 51 Abs.2 Nr.1) im Beschwerdeverfahren eines Dritten gegen die von ihm erwirkte Freistellung ¹²¹⁾, der Veräußerer im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle ¹²²⁾ - haben nach h.M. ebenfalls Anspruch auf Akteneinsicht gemäß § 71 Abs.1 ¹²³⁾.

K.Schmidt ¹²⁴⁾ vertritt dagegen die Ansicht, daß die Akteneinsicht aller in § 71 Abs.1 nicht ausdrücklich aufgeführten Beteiligten gemäß § 71 Abs.3 im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts stehe.

Die Verfahrensbeteiligung der in § 66 nicht Genannten ist unabhängig von der Begründung der Notwendigkeit ihrer Beteiligung aus dem formalen Gesichtspunkt der Kontinuität der Verfahrensbeteiligung im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren ¹²⁵⁾ oder in Anlehnung an

-
- 120) vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 66 Rz.5; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 66 Rz.1; KG 29.6.1965, WuW/E OLG 755, 756 "Bauindustrie III"; 6.10.1976 aaO., S.1758, 1765 "Weichschaum II"; Tätigkeitsbericht 1965, BT Drs.V/530 S.67
- 121) KG 26.4.1963, WuW/E OLG 562; 17./18.5.1963 aaO., S.569; 26.4.1963 aaO., S.606; 29.6.1965 aaO., S.755, 756 "Bauindustrie"; Tätigkeitsbericht 1965 aaO.
- 122) KG 6.10.1976, WuW/E OLG 1758, 1765 "Weichschaum II"
- 123) Hinz im GK, § 71 Rz.1; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.1; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.1; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.22
- 124) in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.2
- 125) so K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 66 Rz.5; ders., Kartellverfahrensrecht, S.542; zust. Westrick/Loewenheim, § 66 Rz.3

§ 65 Abs.2 VwGO ¹²⁶⁾ aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs unumgänglich ¹²⁷⁾. Den nicht-genannten Beteiligten ist daher zur Ausschöpfung dieses Rechts ebenso wie den Hauptbeteiligten umfassende Akteneinsicht zu gewähren. Anderenfalls könnten die in den Akten enthaltenen Unterlagen diesen Beteiligten gegenüber nicht verwertet werden. Schon aus diesem Grund ist die Ansicht K.Schmidts abzulehnen.

Im Verwaltungsverfahren ergibt sich der Umfang der Akteneinsicht dieser dort gemäß § 51 Abs.2 Ziff.1-3 und 5 notwendig Beteiligten, wie ausgeführt ¹²⁸⁾, aus § 29 VwVfG.

126) vgl. Tätigkeitsbericht 1965, BT Drs.V/530 S.67

127) vgl. Hinz im GK, § 71 Rz.1; im übrigen unten, § 4 III., S.92

128) vgl. oben, I.2, S.35 ff.

II. Einschränkung der Akteneinsicht bei Vorliegen von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen

1. Im Beschwerdeverfahren

Gemäß § 71 Abs.2 S.2 hat die Kartellbehörde die Zustimmung zur Einsicht in die ihr gehörigen Unterlagen zu versagen, wenn dies zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Ohne diese Zustimmung bzw. die Zustimmung anderer über Teile der in Abs.2 S.1 genannten Akten Verfügungsberechtigter darf das Beschwerdegericht trotz des grundsätzlich gemäß § 71 Abs.1 unbeschränkten Akteneinsichtsrechts der Hauptbeteiligten gemäß § 71 Abs.2 S.1 keine Akteneinsicht gewähren. Allerdings darf diese Zustimmung jedenfalls von Behörden analog § 99 VwGO nur verweigert werden, wenn zwingende Geheimhaltungsinteressen (oder das Gemeinwohl) gefährdet würden¹²⁹⁾.

Über die sachliche Rechtfertigung der Verweigerung ist ggf. im Rahmen einer gesonderten Leistungsklage gegen die Kartellbehörde bzw. andere Verfügungsberechtigte zu entscheiden; das Beschwerdegericht ist nicht analog § 99 Abs.2 VwGO zur Entscheidung befugt¹³⁰⁾.

Soweit Gutachten und Auskünfte, die vom Beschwerdegericht selbst eingeholt worden sind, Geschäftsgeheimnisse enthalten, hat das Beschwerdegericht analog § 71 Abs.2 S.2 die Zustimmung zur Akteneinsicht zu versagen¹³¹⁾.

129) so richtig Hinz im GK, § 71 Rz.5; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.4; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.7

130) vgl. die in Fn.129 Aufgeführten u. Langen/Niederleithinger/ Ritter/Schmidt, § 71 Rz.5; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.5; vgl. auch oben, S.30

131) Hinz im GK, § 71 Rz.4; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.6; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.8

2. Problem der sog. Geheimakten

a) Einsichtsrecht streitig

Da die Kartellbehörde dem Beschwerdegericht i.d.R. sämtliche das Verfahren betreffende Akten übermittelt, stellt sich bei Versagung der Akteneinsicht durch die Behörde ebenso wie in bezug auf die eigenen Ermittlungsergebnisse des Beschwerdegerichts das Problem, daß trotz des gemäß § 71 Abs.1 an sich umfassenden Akteneinsichtsrechts der Hauptbeteiligten Akten(teile) existieren, die aus Geheimhaltungsgründen nicht eingesehen werden dürfen. Während unten ¹³²⁾ geklärt werden soll, auf welche Weise der Inhalt solcher "Geheimakten" dennoch unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beteiligten in das Verfahren eingeführt werden kann, geht es zunächst um die Frage, ob das Gericht mit Geheimhaltungsvermerken versehenen Unterlagen einschließlich der Ergebnisse eigener Auskunftersuchen gemäß § 69 Abs.2 überhaupt entgegennehmen und auf die Entscheidungserheblichkeit ihres Inhalts hin untersuchen darf oder sofort an den Absender zurückzusenden hat.

Wieckmann hält die Übersendung geheimzuhaltender Aktenteile an das Beschwerdegericht für "zumindest sehr problematisch" ¹³³⁾. In bezug auf Gutachten und Auskünfte, die das Beschwerdegericht selbst eingeholt hat, führt er aus, daß es in einem - soweit es die Beweisstation angeht - nach den Regeln der ZPO ablaufenden Verfahren keine durch prozeßleitende Verfügungen des Gerichts entstandenen Aktenteile geben dürfe, die nicht auch der Akteneinsicht unterliegen.

132) vgl. § 4 S.111 ff.

133) WuW 1983, S.21

Das Gericht dürfe Gutachten und Auskünfte, von denen es aus Geheimhaltungsgründen keinen Gebrauch machen könne, nicht einholen ¹³⁴⁾.

Hält man es mit der überwiegenden Meinung für zulässig, daß (auch) das Gericht selbst gemäß § 71 Abs.2 S.3 auszugsweise aus im übrigen von der Akteneinsicht ausgeschlossenen Unterlagen vorträgt ¹³⁵⁾, wird damit vorausgesetzt, daß das Gericht diese Unterlagen insgesamt vorher eingesehen hat. Aus § 71 Abs.2 S.3 würde sich dann gleichzeitig die Zulässigkeit der Entgegennahme und Kenntnisnahme als geheim bezeichneter Unterlagen durch das Gericht ergeben. Entgegen der Annahme von Gamms ¹³⁶⁾ wurde diese Frage vom Gesetzgeber bisher ausweislich der Gesetzesmaterialien weder im Zusammenhang mit der ersten Fassung des GWB ¹³⁷⁾ noch im Rahmen der 4. Kartellgesetznovelle ¹³⁸⁾ diskutiert und damit auch nicht durch die Neufassung des § 71 Abs.2 S.3 im Sinne der vorstehenden Auffassung geklärt ¹³⁹⁾.

134) aaO., S.16 f.

135) so Hinz im GK, § 71 Rz.9; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.8; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 72 Rz.11; a.A.: Müller/Giessler/Scholz, 2.Aufl., § 71 Rz.2; differenzierend: Wieckmann, aaO., S.20

136) vgl. die Erläuterung zu § 71

137) vgl. Begr. RegE, BT Drs.II/1158, Anl.1

138) vgl. BT Drs.8/2136

139) vgl. dazu Wieckmann, WuW 1983, S.21

b) Problem. des Wissensvorsprungs

Solange der Inhalt solcher geheimen Unterlagen der gerichtlichen Entscheidung nicht zugrundegelegt wird, führt die Kenntnismahme des Gerichts trotz Ausschluß dieser Unterlagen von der Akteneinsicht nicht zur Verletzung des rechtlichen Gehörs der Verfahrensbeteiligten ¹⁴⁰⁾. Das Gericht erhält jedoch bereits im Rahmen der Prüfung, ob die in einem selbst eingeholten Gutachten/einer Auskunft bzw. in von der Kartellbehörde übersandten geheimen Unterlagen enthaltenen Tatsachen überhaupt entscheidungserheblich sind, unter Umständen zusätzliches Hintergrundwissen, das es ihm über das Wissen der Beteiligten subjektiv erleichtern kann eine Entscheidung in der einen oder anderen Richtung zu fällen ¹⁴¹⁾ (indirekte Verwertung).

c) Problemlösung in anderen Verfahrensordnungen

Ein solcher Interessenkonflikt zwischen vollständiger Sachverhaltsaufklärung einerseits und der Gefahr "indirekter Verwertung" andererseits stellt sich wegen der umfassenden Aktenvorlagepflicht der Verwaltungsbehörden und der eigenen Ermittlungsbefugnisse des Gerichts auch in anderen Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz.

140) vgl. Redeker/v.Oertzen, § 99 VwGO Rz.10;
Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S.22

141) so auch Wieckmann, WuW 1983, S.21

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird es dabei teilweise für zulässig gehalten, daß das Gericht selbst nach Übersendung der vollständigen Akten - einschließlich geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen - aus diesen die rechtserheblichen Urkunden trennt und zu seinen Akten nimmt, während es die übrigen Aktenteile zurückgibt ¹⁴²⁾.

Im Finanzgerichtsverfahren ist die Aktenübersendung nur an das Gericht zur vertraulichen Kenntnis ansich unzulässig ¹⁴³⁾. Wegen der Möglichkeit der Beeinflussung darf das entscheidende Gericht diese Unterlagen nach Ansicht des Bundesfinanzhofes nicht erst zu seinen Akten nehmen ¹⁴⁴⁾. Geheimhaltungsbedürftige Unterlagen seien daher grundsätzlich vor Übersendung an das Finanzgericht vom Finanzamt zu entheften ¹⁴⁵⁾. Andererseits wird es für zulässig gehalten, daß das Finanzgericht Kennzahlen für einen äußeren Betriebsvergleich selbst aus den Akten der Vergleichsbetriebe herauszieht, ohne daß diese Akten dem Steuerpflichtigen vollständig zur Akteneinsicht vorlagen ¹⁴⁶⁾.

142) so Redeker/v.Oertzen, § 99 VwGO Rz.10; BVerwG 19, S. 179, hält diesen Weg allerdings nicht für gangbar

143) vgl. List in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 86 FGO Rz.7

144) 10.11.1961, BStBl III 1962, S.109

145) vgl. Oswald, AnwBl 1979, S.405, unter Bezugnahme auf BFH 16.11.1965, BStBl 1966, S.97, 99; List aaO., § 78 Rz.5

146) Rautenberg, NJW 1962, S.938

Die Verwaltungsbehörden sind gemäß § 69 Abs.1 Ziff.1 SGB X den Sozialgerichten gegenüber unter bestimmten Voraussetzungen zur Offenbarung vertraulicher Daten befugt, soweit bestimmte soziale Aufgaben nur mit Kenntnis dieser Daten erfüllt werden können ¹⁴⁷⁾. In bezug auf diese Daten, die den Beteiligten dann zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nur in "gefilterter Form" mitgeteilt werden ¹⁴⁸⁾ wird ein Wissensvorsprung des Gerichts im Interesse vollständiger Sachverhaltsaufklärung in Kauf genommen.

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergibt sich schließlich der mögliche Wissensvorsprung des Gerichts in bezug auf geheimhaltungsbedürftige Vorgänge und Unterlagen aus der von vornherein in die Kompetenz des Gerichts fallenden Ermittlungstätigkeit. Dieses hat bei Überlassung vertraulicher Behördenakten und unter Kenntnisnahme dieser Unterlagen zu prüfen, ob der Akteneinsicht Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen ¹⁴⁹⁾ und ob ggf. ein auszugsweiser Vortrag in Betracht kommt.

- d) Überwiegendes Interesse an vollständiger Sachverhaltsaufklärung

Entscheidungserhebliche Tatsachen in Kartellverwaltungsverfahren stellen, wie dargelegt, zu einem Großteil gleichzeitig Geschäftsgeheimnisse dar. Wären dem Gericht von vornherein alle Informationen und Unterlagen vorzuenthalten, die mit Geheimhaltungsvermerken versehen sind, könnte dieses trotz seiner Amtsermittlungspflicht unter Umständen entscheidungserhebliche

147) Grüner in Grüner/Prochnow /Dalichau/Brückner/
Podlech, § 69 SGB X ; Hauck/Haines, § 69
SGB X Rz.24

148) vgl. Mayer-Ladewig, § 120 SGB Rz.7

149) vgl. OLG Karlsruhe, 5.1.1966, FamRZ 1966, S.268,
269

Tatsachen nicht berücksichtigen und damit (mangels vollständiger Sachverhaltsaufklärung) möglicherweise eine materiellrechtlich falsche Entscheidung treffen. Andererseits wird durch §§ 71 Abs.2 S.3, 70 Abs.1 S.2 sichergestellt, daß das Gericht solche zwar geheimhaltungsbedürftigen, aber entscheidungserheblichen Tatsachen nur bei Gewährung rechtlichen Gehörs wenigstens durch auszugsweisen Vortrag verwerten darf. Die Regelung des § 71 Abs.2 S.3 bringt das Gewicht zum Ausdruck, das der Gesetzgeber einer möglichst vollständigen Verwertung auch geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen im Interesse vollständiger Sachaufklärung beigemessen hat.

Auch die Handhabung des Konflikts in den anderen Verfahrensordnungen läßt erkennen, daß der materiell richtigen Entscheidung zur Erfüllung der jeweiligen Verwaltungsaufgaben überwiegend Vorrang eingeräumt wird vor der Gefahr "indirekter Verwertung" ¹⁵⁰⁾.

Dieses Überwiegen des Interesses an vollständiger Sachverhaltsaufklärung durch das von Amts wegen ermittelnde Gericht zur Erlangung einer materiell richtigen Entscheidung rechtfertigt, daß potentiell entscheidungserhebliche Tatsachen, selbst wenn sie Geheimhaltungsvermerke enthalten, vom Gericht zunächst auf ihre Entscheidungserheblichkeit überprüft werden dürfen. Die Übersendung sog. Geheimakten an das Beschwerdegericht ist daher nicht

150) vgl. Redeker/v.Oertzen, § 99 VwGO Rz.10; Rautenberg, NJW 1962, S.938; Mayer/Ladewig, § 120 SGB Rz.7; OLG Karlsruhe, 5.1.1966, FamRZ 1966, S.268, 269

von vornherein unzulässig. Auch mit Geheimhaltungsvermerken versehene Gutachten und Auskünfte, die das Gericht selbst eingeholt hat, dürfen zunächst zu den Akten genommen werden.

3. Einschränkung der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren

Im Verwaltungsverfahren schränkt § 29 Abs.2 VwVfG die Verpflichtung der Kartellbehörde zur Gestattung der Akteneinsicht und das korrespondierende Akteneinsichtsrecht ähnlich § 71 Abs.2 S.2 u.a. ein, wenn die Gestattung der Akteneinsicht berechnigte Interessen Dritter, darunter fallen insbesondere auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ¹⁵¹⁾, beeinträchtigt.

Während die Kartellbehörde unter den in § 71 Abs.2 S.2 genannten Voraussetzungen die Zustimmung zur Akteneinsicht untersagen muß, schließt jedenfalls der Wortlaut des § 29 Abs.2 VwVfG ("nicht verpflichtet") trotz Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter die Gewährung der Akteneinsicht nicht aus ¹⁵²⁾. Dem liegt die Überlegung des Gesetzgebers zugrunde, daß wie bei § 99 VwGO Sonderfälle denkbar sind, die die Gestattung der Akteneinsicht trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 29 Abs.2 vertretbar erscheinen lassen ¹⁵³⁾.

Andererseits stellt § 29 Abs.2 VwVfG jedoch keine generelle Ermächtigung zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen i.S.d. § 30 VwVfG dar ¹⁵⁴⁾, denn dann liefe der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch diese Vorschrift leer. Die Kartellbehörde ist daher auch im Verwaltungs-

151) Begr. zu § 25 RegE VwVfG, BT Drs.7/910 S.53

152) vgl. Kopp, § 29 VwVfG Rz.14

153) vgl. Begr. zu § 26 RegE VwVfG, aaO., S.54

154) Kopp, § 30 VwVfG Rz.8

verfahren bei Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen grundsätzlich zur Versagung der Akteneinsicht verpflichtet. Das folgt im übrigen auch aus der sinngemäß mitzuberücksichtigenden Regelung des § 71 Abs.2 S.2, denn - wegen der nur subsidiären Geltung des Verwaltungsverfahrensgesetzes - kann die Akteneinsicht aufgrund allgemeiner Verwaltungsgrundsätze nicht weitergehen als das spezialgesetzlich geregelte Akteneinsichtsrecht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren.

Es fragt sich, in welchen Ausnahmefällen eine Offenbarungsbefugnis der Kartellbehörde i.S.d. § 30 VwVfG besteht. Rechtsvorschriften, die die Kartellbehörde ausdrücklich zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen im Einzelfall ermächtigen, enthält das GWB nicht¹⁵⁵⁾. Die Befugnis zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen setzt daher in Anlehnung an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrens das Einverständnis der Geheimnisinhaber voraus¹⁵⁶⁾. Darüber hinaus besteht unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Güterabwägung eine Offenbarungsbefugnis, wenn das Geheimhaltungsinteresse im Einzelfall hinter wichtigere andere Interessen zurücktreten muß¹⁵⁷⁾.

Da die Kartellbehörde nach der spezialgesetzlichen Regelung des § 71 Abs.1 S.2 kein Ermessen in bezug auf die Versagung der Akteneinsicht bei Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen hat¹⁵⁸⁾, ermächtigt sie jedoch der

155) vgl. demgegenüber §§ 35 SGB, 31 AO

156) vgl. Begr. zu § 26 RegE VwVfG, aaO.; Kopp, § 30 VwVfG Rz.7

157) vgl. Begr. zu § 26 RegE VwVfG, aaO.; BVerwGE 35, S. 225, 228; 49, S. 89, 94 (jeweils die Einsicht in Personalakten Nichtverfahrensbeteiligter betreffend)

158) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.7; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.8

Grundsatz der Güterabwägung nicht dazu, den Umfang der Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren generell aufgrund Güterabwägung zu bestimmen und etwa ohne Vorliegen ganz besonderer Umstände im Einzelfall geheimhaltungsbedürftige Informationen Dritter unter Berücksichtigung des auch in § 46 zum Ausdruck gekommenen Interesses der Allgemeinheit an der Erhaltung und Verbesserung durchlässiger Marktstrukturen den Verfahrensbeteiligten gegenüber offenzulegen. Eine Offenbarungsbefugnis der Kartellbehörde i.S.d. § 30 VwVfG wäre daher überhaupt nur bei Vorliegen einer Notstandssituation i.S.d. § 34 StGB ¹⁵⁹⁾ ¹⁶⁰⁾ zu bejahen, die in diesem Bereich jedoch wegen der Berührung rein wirtschaftlicher Interessen kaum denkbar ist.

159) vgl. ähnlich Grüner, aaO., § 25 SGB X Anm.12, bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung (§§ 67 - 76 SGB X) Geschäftsgeheimnisse im Sozialhilfeverfahren offenbart werden dürfen

160) Die umgekehrte Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Geschäftsgeheimnisse der Entscheidung auch ohne Akteneinsicht durch alle (einzelne) Verfahrensbeteiligten (e) zugrundegelegt werden können, wird unten behandelt

§ 3 Rechtsfolgen eingeschränkter Akteneinsicht der Hauptbeteiligten

Wie dargelegt, werden die Geschäftsgeheimnisse Verfahrensbeteiligter und Dritter durch Einschränkung der Akteneinsicht nahezu umfassend geschützt. Andererseits haben die Hauptbeteiligten - für die Beigeladenen vgl. unten, § 4 - gemäß §§ 53 Abs.1, 70 Abs.1 S.2, 71 Abs.2 S.3 im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren Anspruch auf rechtliches Gehör ¹⁶¹⁾. Fraglich ist, ob das Gericht/die Kartellbehörde die von der Akteneinsicht der Hauptbeteiligten ausgenommenen Unterlagen überhaupt und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Entscheidung zugrunde legen darf oder die Verwertung zu unterbleiben hat, wenn eine erneute Beweisaufnahme über diese Tatsachen nicht in Betracht kommt.

I. Umfang des Verwertungsverbotes bei eingeschränkter Akteneinsicht der Hauptbeteiligten

1. Im Beschwerdeverfahren

Nach § 71 Abs.2 S.3 dürfen geheimhaltungsbedürftige Unterlagen, bei denen die Akteneinsicht abgelehnt wurde oder unzulässig war, der Entscheidung nur insoweit zugrunde gelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen worden ist. Die Vorschrift dient der Konkretisierung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art.103 Abs.1 GG) im Beschwerdeverfahren. Da die Beteiligten erst aufgrund Kenntnis des Akteninhalts ihr Recht "sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern" ¹⁶²⁾, wahrnehmen können,

161) zum rechtlichen Gehör im Verwaltungsverfahren vgl. Begr. zu § 44 RegE, BT Drs.II/1158, Anl.1 S.50; v.Gamm, § 53 Rz.2; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.3; allg. Meinung

162) vgl. BVerfG 1, 148, 429; 7, 53, 57; 8, 253, 256

müssen sie zumindest über den Akteninhalt informiert werden, wenn die Akteneinsicht abgelehnt wurde. Anderenfalls dürfen solche Tatsachen der Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht zugrunde gelegt werden ¹⁶³⁾.

Demgegenüber wird vertreten, daß trotz Beschränkung der Akteneinsicht dann - jedenfalls gegenüber einzelnen Beteiligten - kein Verwertungsverbot bestehe, wenn ein für die Entscheidung relevantes Beweismittel für diesen Beteiligten irrelevant sei, weil er sein Begehren ausschließlich auf bestimmte Aspekte des Verfahrens beschränke ¹⁶⁴⁾.

Dabei wird jedoch eingeräumt, daß das Gericht nicht allgemein und im voraus darüber entscheiden könne, welche Beweismittel für einzelne Beteiligte bedeutsam sind ¹⁶⁵⁾.

Eine Ausnahme vom Verwertungsverbot bei Versagung der Akteneinsicht ist daher im Beschwerdeverfahren allenfalls denkbar, wenn durch die Entscheidung Rechte der von der Akteneinsicht ausgeschlossenen Verfahrensbeteiligten generell nicht verletzt werden können, weil diese Verfahrensbeteiligten - zu denken ist dabei an die gemäß § 51 Abs.2 Ziff.4 Beigeladenen - nur ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Verfahrens haben ¹⁶⁶⁾.

163) Hinz im GK, § 70 Rz.5; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.7; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 70 Rz.2; Kleinmann, DB 1974, S.1099, der auf die in § 71 Abs.2 S.3 ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit des auszugsweisen Vortrags nicht eingeht

164) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 70 Rz.4 unter Hinweis auf Frankf. Kommentar, § 53 Rz.4

165) aaO., unter Bezugnahme auf Hinz im GK, § 70 Rz.5

166) vgl. ähnlich Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, aaO., und ausführlich unten, § 4, S.63 ff.

2. Im Verwaltungsverfahren

Im Verwaltungsverfahren fehlt eine den §§ 70 Abs.1 S.2, 71 Abs.2 S.3 entsprechende ausdrückliche Regelung des Umfangs von Verwertungsverboten bei Versagung der Akteneinsicht. Da das Recht auf Gehör ausgehöhlt würde, wenn Tatsachen der Entscheidung der Kartellbehörde auch ohne Kenntnis und Möglichkeit der Stellungnahme von seiten der Verfahrensbeteiligten zugrundegelegt werden könnten, dürfen auch im Verwaltungsverfahren von der Akteneinsicht ausgeschlossene Unterlagen bei der Entscheidung grundsätzlich nicht berücksichtigt werden ¹⁶⁷⁾. Den Verfahrensbeteiligten kann jedoch wie im Beschwerdeverfahren rechtliches Gehör - d.h. ausreichende Kenntnis für eine sinnvolle Äußerung - durch Mitteilung der wesentlichen Gesichtspunkte aus solchen Unterlagen ¹⁶⁸⁾ bzw. auszugsweisen Vortrag analog § 71 Abs.2 S.3 gewährt werden.

3. "Geheime Verwertung"

Ausnahmsweise wird - allerdings ohne nähere Begründung - eine "geheime Verwertung" von Tatsachen zugunsten des Verfahrensbeteiligten, der sie vorgelegt hat, für zulässig gehalten, wenn durch die Verwertung keine gleichzeitige Verletzung eines anderen Verfahrensbeteiligten eintritt, dem wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen die Unterlagen nicht zugäng-

167) Junge im GK, § 53 Rz.1; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.8; Westrick/Loewenheim, § 53 Rz.4; Wieckmann, S.18

168) zum Umfang vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.103 GG, Rz.64; BKartA, 9.11.1960, WuW/E 261, 263 "Öfen III"; K.Schmidt aaO., Rz.6; Westrick/Loewenheim, § 53 Rz.3

lich gemacht wurden ¹⁶⁹⁾.

Da nur die Kenntnis aller entscheidungserheblichen Tatsachen es ermöglicht, Ablauf und Ergebnis des Verfahrens zu beeinflussen, ist der Anspruch der Hauptbeteiligten auf rechtliches Gehör nicht von vornherein auf sie spezifisch belastende Tatsachen beschränkt. Die geheime Verwertung käme daher nur insoweit in Betracht, als durch sie nicht vom Tatsachenvortrag der von der Akteneinsicht Ausgeschlossenen abgewichen würde ¹⁷⁰⁾, oder unter der Voraussetzung, daß sich im Einzelfall aufgrund von Spezialvorschriften bzw. aufgrund Güterabwägung eine Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt.

Als Ermächtigungsgrundlage zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs der Hauptbeteiligten bei Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen Verfahrensbeteiligter oder Dritter käme § 28 Abs.2 VwVfG in Betracht, soweit im Einzelfall Gründe vorliegen, die den in Ziff.1-5 dieser Regelung genannten vergleichbar sind ¹⁷¹⁾. Die Anwendung dieser Vorschrift scheidet jedoch aus, soweit es sich beim Verfahren vor der Kartellbehörde um ein förmliches Verwaltungsverfahren i.S.d. § 63 VwVfG handelt. Dann wäre gemäß § 66 Abs.1 VwVfG rechtliches Gehör in jedem Fall

169) so Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 53 Rz.3; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.8; Westrick/Loewenheim, § 53 Rz.4; wohl auch BKartA, 7.9.1981, WuW/E 1915, 1916 "Morris-Rothmans" unter Bezugnahme auf KG 6.12.1968, WuW/E OLG 964, 969 "Autoschmiermittel"; gänzlich unzulässig nach Lieberknecht, Verfahrensrecht, S.71; vgl. auch Imboden, Staatsbürger und Staatsgewalt I, S.330

170) vgl. Zeuner, FS Nipperdey I, S.1024

171) vgl. Kopp, § 28 VwVfG Rz.31 unter Bezugn. auf Ule/Laubinger, § 24 II 1, S. 124

zu gewähren¹⁷²⁾. Zwar wird in den §§ 51 ff. nicht ausdrücklich auf die Anwendbarkeit der Vorschriften über das förmliche Verwaltungsverfahren in § 63 ff. VwVfG verwiesen, so daß diese nicht unmittelbar zur Anwendung kommen¹⁷³⁾. Da das Kartellverwaltungsverfahren jedoch als förmliches Verwaltungsverfahren ausgestaltet ist und die umfassende Verpflichtung der Behörde zur Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß § 66 Abs.1 VwVfG einen allgemein gültigen Rechtsgrundsatz für diese Verfahren enthält¹⁷⁴⁾, kommt eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs im Kartellverwaltungsverfahren nicht in Betracht.

Eine "geheime Verwertung" könnte damit allenfalls aufgrund Güterabwägung im Einzelfall zwischen dem Anspruch der Hauptbeteiligten auf rechtliches Gehör einerseits und dem Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung andererseits zulässig sein¹⁷⁵⁾. Im Rahmen einer solchen Grundrechtseinschränkung durch hoheitliche Maßnahmen wäre das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren¹⁷⁶⁾. Die ausnahmsweise Einschränkung des rechtlichen Gehörs müßte daher im Einzelfall erforderlich sein, weil ohne Berücksichtigung des geheimhaltungsbedürftigen Tatsachenvortrags eine materiell falsche Entscheidung zu befürchten wäre. Ferner dürfte kein

172) vgl. Begr. zu § 62 RegE VwVfG, BT Drs.7/910 S.85

173) vgl. Kopp, § 63 VwVfG Rz.3

174) vgl. Kopp, aaO., Rz.5

175) so angedeutet bei Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 53 Rz.4; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 53 Rz.8; zur "Polarität" des Rechts auf Gehör einerseits und der Notwendigkeit materiell richtiger Entscheidungen andererseits vgl. auch Wieckmann, WuW 1983, S.22; zum Ausgleich zwischen "Einsichts-Interesse" und "Geheimhaltungs-Interesse" im Verwaltungsverfahren Imboden, Staatsbürger und Staatsgewalt I, S.330

176) BVerfG 17, 306, 314; 29, 245, 254; 402, 410

milderes Mittel - auszugsweiser Vortrag, Unterrichtung über die wesentlichen Ermittlungsergebnisse ¹⁷⁷⁾, erneute Beweisaufnahme ¹⁷⁸⁾ ggf. unter Einschaltung eines Beweismittlers ¹⁷⁹⁾ - vorhanden sein, das die Verwertung der geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen ohne Einschränkung des rechtlichen Gehörs ermöglichte. Schließlich müßte die Maßnahme noch bezogen auf den Einzelfall angemessen sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

II. Überwindung von Verwertungsverboten durch auszugsweisen Vortrag aus geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen

1. Auzugsweiser Vortrag im Beschwerdeverfahren

§ 71 Abs.2 S.3 sagt ausdrücklich nichts darüber aus, ob auch zum auszugsweisen Vortrag die Zustimmung der Verfügungsberechtigten erforderlich ist ¹⁸⁰⁾. Ferner bleibt offen, wer berechtigt sein soll, zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen auszugsweise aus den Akten, die von der Akteneinsicht ausgenommen sind, vorzutragen: das Gericht selbst ¹⁸¹⁾ oder nur die Beteiligten einschließlich der Kartellbehörde ¹⁸²⁾. Die Gesetzesmaterialien geben ebenfalls keinen Aufschluß für die Beantwortung dieser

177) vgl. Kopp, § 66 VwVfG Rz.12

178) Junge im GK, § 46 Rz.32

179) vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.9, unter Hinweis auf KG 24.8.1978, WuW/E OLG 2053, 2061 f. "Valium II"; gegen die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens Wieckmann, aaO., S.24 ; näher dazu unten, § 5, S.111 ff.

180) so Hinz im GK, § 71 Rz.9; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.6; differenzierend Wieckmann, WuW 1983, S.20; offengelassen bei Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.8; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.7; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.11

181) so Hinz aaO.; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, aaO.; Westrick/Loewenheim, aaO.

182) Müller/Gries/Giessler, 2.Aufl., § 71 Rz.2

Fragen 183).

a) Zustimmung nicht erforderlich

Wortlaut und Systematik des § 71 Abs.2 S.3 einerseits und § 71 Abs.2 S.1 und 2 andererseits erlauben den Schluß, daß der auszugsweise Vortrag bei Ablehnung der Akteneinsicht durch die Verfügungsberechtigten keiner gesonderten Zustimmung bedarf. Der auszugsweise Vortrag muß jedoch die berechtigten Geheimhaltungsinteressen wahren.

Darüber hinaus haben weder die Verfahrensbeteiligten noch Dritte dem Beschwerdegericht/der Kartellbehörde gegenüber einen Anspruch auf Geheimhaltung der von ihnen vorgetragenen Tatsachen.

Auch wenn das Beschwerdegericht/die Kartellbehörde in der Verfahrenspraxis bei Vorliegen von Geheimhaltungsvermerken versuchen wird, sich mit den Verfügungsberechtigten über die Unbedenklichkeit eines auszugsweisen Vortrags im Hinblick auf deren wirtschaftliche Stellung zu verständigen, schließt das den auszugsweisen Vortrag gegen den Willen der Geheimnisinhaber im Einzelfall nicht aus.

b) Auszugsweiser Vortrag durch das Beschwerdegericht

Da das Gericht nach der hier vertretenen Auffassung ¹⁸⁴⁾ berechtigt ist, mit Geheim-

183) Begr. zu § 58 RegE, BT Drs.II/1158, Anl.1; Bericht des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik, BT Drs.II/3644

184) § 2 II.2, S.49 ff.

haltungsvermerken versehene Unterlagen zunächst zu den Akten zu nehmen, um sie auf ihre Entscheidungserheblichkeit zu überprüfen, bestehen auch gegen einen auszugsweisen Vortrag durch das Gericht selbst keine Bedenken.

2. Auszugsweiser Vortrag im Verwaltungsverfahren

Im Verwaltungsverfahren genügt zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Hauptbeteiligten bei Ausschluß des Akteneinsichtsrechts wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen grundsätzlich die Bekanntgabe der entscheidungserheblichen Tatsachen durch Unterrichtung über den wesentlichen Inhalt der Stellungnahmen anderer Verfahrensbeteiligter ¹⁸⁵⁾. Die Kartellbehörde kann den Hauptbeteiligten jedoch rechtliches Gehör auch durch auszugsweisen Vortrag aus den der Akteneinsicht nicht unterliegenden Akten (teilen) analog § 71 Abs. 2 S. 3 gewähren.

3. Umfang des auszugsweisen Vortrags

Eine vollständige Verlesung der von der Akteneinsicht ausgeschlossenen Unterlagen verletzte die berechtigten Geheimhaltungsinteressen ebenso wie die Gestattung der Akteneinsicht. Andererseits darf sich der auszugsweise Vortrag nicht nur auf Schlußfolgerungen beschränken, ohne den Beteiligten Anhaltspunkte für eine Überprüfung der Richtigkeit der Angaben zu geben. Dann hätten sie nämlich keine Gelegenheit, sich zu den der Entscheidung zugrundeliegenden Fakten und deren Quellen zu äußern ¹⁸⁶⁾.

185) BKartA 9.11.1960, WuW/E 261, 263 "Öfen III"

186) ebenso Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz. 8

Da auch Zusammenfassungen, selbst wenn sie für den Durchschnittsleser unverfänglich sind, Branchenkennern Rückschlüsse auf die zugrundeliegenden Einzeldaten ermöglichen¹⁸⁷⁾, ist der auszugsweise Vortrag - abgesehen von der Gefahr "indirekter Verwertung" durch das Gericht - jedoch häufig nicht das geeignete Mittel zur Einführung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen in das Beschwerdeverfahren.

Soweit der auszugsweise Vortrag die berechtigten Geheimhaltungsinteressen Verfahrensbeteiligter oder Dritter nicht wahrt, können diese Tatsachen trotz ihrer Erheblichkeit der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden. Eine Verwertung kommt dann den Hauptbeteiligten gegenüber nur in Betracht, wenn diese Tatsachen durch Beweisaufnahme (erneut) in das Verfahren eingeführt werden können oder die Beteiligten auf die Geheimhaltung verzichten, um eine Verwertung zu ermöglichen. Dies werden sie jedoch nur bei solchen Tatsachen in Erwägung ziehen, die sich im Ergebnis positiv für sie auswirken können.

Die Entscheidung darüber, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise aus geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen vorgetragen werden darf, muß unter Berücksichtigung der o.a. Kriterien in jedem Einzelfall gesondert getroffen werden.

187) vgl. Junge im GK, § 46 Rz.30

§ 4 Rechtsfolgen eingeschränkter Akteneinsicht der Beigeladenen

Obwohl den Beigeladenen anders als den Hauptbeteiligten gemäß § 71 Abs.3 rechtliches Gehör durch Akteneinsicht nur aufgrund Ermessensentscheidung des Beschwerdegerichts nach Anhörung der Verfügungsberechtigten gewährt wird, bestimmt § 70 Abs.1 S.2 ohne Differenzierung nach der Art der Verfahrensbeteiligung, daß der Beschluß des Beschwerdegerichts nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden darf, zu denen sich alle Beteiligten äußern konnten.

Betrachtet man beide Regelungen isoliert, läßt sich - und zwar durch arg. e contrario aus § 71 Abs.2 S.3 - aus § 71 Abs.3 schließen, daß von der Akteneinsicht der Beigeladenen ausgeschlossene Unterlagen, zu denen sie folglich nicht Stellung nehmen konnten, der Entscheidung auch ohne auszugsweisen Vortrag zugrundegelegt werden können. Dieser Auslegung steht allerdings § 70 Abs.1 S.2, jedenfalls sein Wortlaut, entgegen.

I. Rechtsfolge eingeschränkter Akteneinsicht umstritten

1. Standpunkt der herrschenden Meinung

Die wohl herrschende Meinung schließt aus § 70 Abs.1 S.2, daß auch dann, wenn die Akteneinsicht nur den Beigeladenen gegenüber abgelehnt wurde, wie bei den Hauptbeteiligten ein generelles Verwertungsverbot in bezug auf Tatsachen besteht, die nicht zumindest auszugsweise vorgetragen wurden¹⁸⁸⁾. Es wird zwar eingeräumt, daß das Interesse der Beigeladenen am Verfahrensausgang typischerweise ge-

188) Hinz im GK, § 70 Rz.5, 71 Rz.9; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.6; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.11; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.8

ringer zu bewerten sei als das Interesse der Hauptbeteiligten ¹⁸⁹⁾, die Schlechterstellung der Beigeladenen durch § 71 Abs.3 habe jedoch keinen Einfluß auf den Umfang des rechtlichen Gehörs ¹⁹⁰⁾.

Dieser Auffassung hat sich das Kammergericht im Beschluß vom 13.11.1981 ¹⁹¹⁾ angeschlossen, da eine dem GWB zu entnehmende Einengung des durch § 70 Abs.1 S.2 aufgestellten Verbotes in bezug auf Beigeladene fehle ¹⁹²⁾.

Die Hauptbeteiligten haben danach nur die Wahl, ihre Geschäftsinterna trotz berechtigter Geheimhaltungsinteressen entweder auch den beigeladenen Konkurrenten gegenüber offenzulegen oder auf die Verwertung zu verzichten ¹⁹³⁾. Soweit Geschäftsgeheimnisse Verfahrenseteiligter oder Dritter in den Ermittlungsakten der Kartellbehörde enthalten sind, hat die Verwertung ebenfalls auf Kosten vollständiger Sachverhaltsaufklärung zu unterbleiben, wenn die Verfügungsberechtigten der Akteneinsicht durch die Beigeladenen nicht zustimmen und auszugsweiser Vortrag nicht in Betracht kommt.

Diese Konsequenz läßt sich nach Ansicht des Kammergerichts ¹⁹⁴⁾ nur in Ausnahmefällen vermeiden: Wenn die im Hinblick auf Art.103 Abs.1 GG an sich notwendige Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen für denjenigen, der sie in das Verfahren einbringt,

189) so K.Schmidt, aaO.

190) vgl. Fn.188)

191) WuW/E OLG 2686 ff.

192) so wörtlich: KG aaO., S.2690

193) so KG 13.11.1981, WuW/E OLG 2686, 2690

194) aaO., S.2691 f.

besonders schwerwiegende wirtschaftliche Folgen hat, habe das Gericht zu prüfen, ob die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs für einen Beigeladenen, dessen Stellung im Verfahren auf einer erheblichen Berührung ebenfalls wirtschaftlicher Interessen beruht, nicht außerhalb eines vernünftigen Verhältnisses zu dem Schaden stehe, der dem anderen Verfahrensbeteiligten durch die Offenbarung seines Geschäftsgeheimnisses droht ¹⁹⁵⁾.

2. Bedeutung des § 71 Abs.3 für die Rechtsstellung der Beigeladenen

Unabhängig vom Wortlaut des § 70 Abs.1 S.2 wird zunehmend die Auffassung vertreten, die deutliche Schlechterstellung der Beigeladenen durch § 71 Abs.3 beinhalte die Zulässigkeit einer Beschränkung des rechtlichen Gehörs je nach der Nähe der Beteiligten zum Gegenstand des Verfahrens ¹⁹⁶⁾ jedenfalls dann, wenn dies zum Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten erforderlich ist ¹⁹⁷⁾.

Auch das Kammergericht hatte in der dem Beschluß vom 13.11.1981 ¹⁹⁸⁾ vorangehenden vorläufigen Entscheidung vom 2.10.1981 ¹⁹⁹⁾ noch argumentiert, der nur wirtschaftlich betroffene Beigeladene habe keinen verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör

195) so ausdrücklich KG aaO., S.2692

196) so Wieckmann, WuW 1983, S.23; ebenso schon Langen/Niederleithinger/Schmidt, 5.Aufl., § 71 Rz.7, 6.Aufl., § 71 Rz.11; für die Notwendigkeit von Kompromissen bei umfassender Drittbeteiligung auch K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.482, Fn.199 m.w.N.

197) mit dieser Einschränkung Traumann, WRP 1983, S.195

198) aaO.

199) WuW/E OLG 2603, 2604

und Beteiligung am Verfahren, daher sei die Verwertung von Tatsachen und Beweismitteln zulässig, die dem Beigeladenen wegen schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen nicht zur Kenntnis gebracht worden sind und zu denen er sich deshalb nicht äußern konnte 200).

II. Generelle Gleichstellung der Beigeladenen mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 71 Abs.3 nicht vereinbar

1. Gleichstellung Hauptbeteiligter und Beigeladener aufgehoben

a) Argumentation des Kammergerichts

Das Kammergericht 201) mißt § 71 Abs.3 mit der h.M. 202) unter Hinweis auf den Wortlaut des § 70 Abs.1 S.2 keinerlei Bedeutung für den Umfang der Rechtsstellung der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren zu, obwohl den Beigeladenen gerade durch die Akteneinsicht Gelegenheit zur Äußerung und damit rechtliches Gehör zur Entscheidungsgrundlage gewährt wird. Es hätte daher ansich nahe gelegen, § 71 Abs.3 gerade als Vorschrift zur Konkretisierung des Umfangs des rechtlichen Gehörs der Beigeladenen anzusehen. Das Kammergericht geht jedoch trotz unterschiedlicher Interessenberührung von der Gleichstellung der Beigeladenen und der Hauptbeteiligten in bezug auf die Entscheidungsgrundlage aus 203). Die sich hieraus ergebenden Belastungen für die unmittelbar

200) so ausdrücklich KG aaO., S.2604

201) 13.11.1981, WuW/E OLG 2696, 2689

202) vgl. Fn.188)

203) aaO., S.2689

betroffenen Hauptbeteiligten, die ihre Geschäfts-interna vor den Beigeladenen nur geheimhalten können, wenn sie auf die Verwertung verzichten, rechtfertigt es letztlich, mit der Behauptung: Der Gesetzgeber habe die Gefahr, daß ein Beigeladener wegen seiner Verfahrensstellung deren Geschäftsgeheimnisse erfahren kann, gerade zugunsten einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung in Kauf genommen und damit die erhebliche Interessenberührung des Beiladungswilligen als vorrangig gegenüber dem Interesse der Hauptbeteiligten angesehen, ihm keinen Einblick in Unternehmensinterna zu geben ²⁰⁴⁾.

Die vom Kammergericht angenommene Gleichstellung der Beigeladenen und der Hauptbeteiligten in bezug auf die Entscheidungsgrundlage, die der Gesetzgeber ursprünglich in der Tat beabsichtigte ²⁰⁵⁾, sollte jedoch - wie darzulegen sein wird - durch § 71 Abs.3 ausdrücklich aufgehoben werden. Entgegen der Behauptung des Gerichts wurde das Interesse der unmittelbar von der Entscheidung Betroffenen an der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber dem Interesse der nur wirtschaftlich betroffenen Beigeladenen auf Verfahrensbeteiligung als vorrangig angesehen.

b) Wortlaut des § 71

Diese Interessenbewertung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 71. Absatz 2 und Absatz 3 der Vorschrift differenzieren nämlich ausdrück-

204) ebenso schon KG 6.12.1968, WuW/E OLG 964, 969 "Autoschmiermittel"; 5.7.1977, WuW/E OLG 1881, 1886 "Anzeigenpreise"

205) §§ 39, 58 RegE, BT Drs.II/1158, Anl.1, S.12, 15

lich zwischen dem Recht der Hauptbeteiligten auf Akteneinsicht und der Akteneinsicht durch die Beigeladenen aufgrund Ermessensentscheidung nach Anhörung der Verfügungsberechtigten. Während den Hauptbeteiligten damit ausdrücklich ein Anspruch auf Information zumindest durch auszugsweisen Vortrag gewährt wird, um eine Äußerung zur Entscheidungsgrundlage in jedem Fall zu ermöglichen, eröffnet Absatz 3 den Beigeladenen zwar grundsätzlich gleiche Informationsmöglichkeiten, gibt ihnen aber keinen unbedingten Rechtsanspruch auf umfassende Information. Sie haben damit auch keinen Rechtsanspruch auf Äußerung zum gesamten entscheidungserheblichen Vorbringen (rechtliches Gehör). Aus diesem Grund enthält Absatz 3 auch nicht die Einschränkung, daß der Inhalt von Unterlagen, die die Beigeladenen nicht eingesehen haben, nur verwertet werden darf, wenn er auszugsweise vorgetragen wurde.

Sollte - wie das Kammergericht meint ²⁰⁶⁾ - allein § 70 Abs.1 S.2 die Verfahrensstellung und insbesondere den Umfang der Rechte der Beigeladenen hinsichtlich der Entscheidungsgrundlage festlegen, dann wäre § 71 Abs.2 S.3 als wiederholender Hinweis auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs in § 70 Abs.1 S.2 überflüssig. Rechtliche Bedeutung hat der Hinweis darauf, daß Unterlagen der Entscheidung nur zugrundegelegt werden dürfen, soweit ihr Inhalt vorgetragen wurde, nämlich nur im Hinblick auf die demgegenüber unterschiedliche Rechtsfolge gemäß § 71 Abs.3, wenn die Akteneinsicht den Beigeladenen versagt

206) 13.11.1981, WuW/E OLG 2686, 2689.

wurde. Das Fehlen dieses Hinweises in Absatz 3 läßt durch arg. e contrario den Schluß zu, daß eine Verwertung auch dann zulässig ist, wenn der Akteninhalt den Beigeladenen nicht zugänglich gemacht wurde.

c) Entstehungsgeschichte des § 71

Diese Auslegung wird durch die Begründung zu § 57 a des Regierungsentwurfs ²⁰⁷⁾, der als § 71 Gesetz geworden ist ²⁰⁸⁾, bestätigt. Dort heißt es:

"§ 57 a regelt das Recht der Akteneinsicht. Dabei wird unterschieden zwischen den beigeladenen und den sonstigen Beteiligten. Das Recht auf Akteneinsicht haben nur die letztgenannten ... Wird die Einsicht abgelehnt oder ist sie unzulässig, dürfen die der Einsicht nicht unterliegenden Unterlagen der Entscheidung des Beschwerdegerichts nur insoweit zugrundegelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen worden ist. Handelt es sich dagegen nur um Beigeladene, so kann das Beschwerdegericht nach Anhörung des Verfügungsberechtigten die gleiche Akteneinsicht gewähren." ²⁰⁹⁾

Das Verwertungsverbot bei Versagung der Akteneinsicht den Hauptbeteiligten gegenüber steht hier im ausdrücklichen Gegensatz zu dem von vornherein durch das Ermessen des Beschwerdegerichts beschränkten rechtlichen Gehör der Beigeladenen in bezug auf den Akteninhalt.

207) in der Fassung der Beschlüsse des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik zu BT Drs.II/3644, S.36

208) GWB i.d.F. v. 27.7.1957, BGBl I/1801

209) schriftlicher Bericht des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik, aaO.

d) Absicht des Gesetzgebers

Die in § 71 zum Ausdruck gekommene Differenzierung der Rechtsfolgen eingeschränkter Akteneinsicht entsprechend der Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten läßt sich nicht mit der Behauptung ausräumen, der in § 71 Abs.3 getroffenen Bestimmung, die den Beigeladenen in bezug auf die Akteneinsicht Minderrechte einräumt, komme in bezug auf § 70 Abs.1 S.2 keine Bedeutung zu,²¹⁰⁾. Aus der Gesetzgebungsgeschichte, insbesondere aus dem Vergleich des Wortlauts der ursprünglichen Regelung des rechtlichen Gehörs der Beigeladenen in § 58 RegE²¹¹⁾ mit Wortlaut und Begründung des Gesetz gewordenen § 57 a RegE²¹²⁾ ergibt sich vielmehr eindeutig die Absicht des Gesetzgebers, auch das rechtliche Gehör der Beigeladenen in bezug auf die in den Akten enthaltene Entscheidungsgrundlage wegen ihrer geringeren Betroffenheit durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts zu begrenzen. Damit sollte das Ausmaß des rechtlichen Gehörs der Verfahrensbeteiligten nach der tatsächlichen Nähe der Beteiligten zum Gegenstand des Verfahrens differenziert geregelt werden: In § 58 des Regierungsentwurfs²¹³⁾ wurde ursprünglich für den Umfang des Akteneinsichtsrechts aller Verfahrensbeteiligten im Beschwerdeverfahren auf § 39 RegE²¹⁴⁾ verwiesen, wonach die an einem

210) so aber KG, aaO., S.2690, unter Bezugnahme auf Hinz im GK, § 70 Rz.5, § 71 Rz.9; Müller/Giessler/Scholz, § 71 Rz.6; Westrick/Loewenheim, § 71 Rz.8; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 71 Rz.11

211) BT Drs.II/1158, Anl.1, S.15

212) BT Drs.II/3644, S.46

213) BT Drs.II/1158, Anl.1, S.15

214) aaO., S.12

Verwaltungsverfahren Beteiligten die Akten einsehen konnten, soweit nicht die Kartellbehörde dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, ablehnte. Für den Fall, daß die Einsicht in Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte abgelehnt wurde oder unzulässig war, sah § 58 RegE - ohne Differenzierung nach der Art der Verfahrensbeteiligung - weiter vor, daß "diese Unterlagen der Entscheidung nur insoweit zugrundegelegt werden (dürfen), als ihr Inhalt vorgetragen und zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden ist" ²¹⁵⁾.

Diese Einschränkung enthält die Gesetz gewordene Regelung des Akteneinsichtsrechts in § 57 a, wie ausgeführt, ausdrücklich nur noch für den Fall, daß die Akteneinsicht den Hauptbeteiligten versagt wurde ²¹⁶⁾. Aus der Gegenüberstellung beider Fassungen folgt, daß der Akteninhalt, der der nunmehr beschränkten Akteneinsicht der Beigeladenen nicht unterlag, der Entscheidung auch ohne auszugsweisen Vortrag zugrundegelegt werden sollte. Hätte der Gesetzgeber, wie die h.M. behauptet, nicht gleichzeitig auch das rechtliche Gehör der Beigeladenen durch diese differenzierende Regelung des Akteneinsichtsrechts begrenzen wollen, hätte es mit Rücksicht auf die Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch das Akteneinsichtsrecht eines ausdrücklichen Hinweises bedurft. Es hätte klargestellt werden müssen, daß der Umfang des rechtlichen Gehörs der Beigeladenen zu den entscheidungserheblichen Unterlagen - anders als in der ursprünglichen Fassung und anders als bei den Hauptbeteiligten - nicht mehr durch den Umfang des Rechts auf Akteneinsicht konkretisiert, sondern aus anderen Bestimmungen ersichtlich sein sollte.

215) aaO., S.15

216) BT Drs.II/3644, S.46

2. Gründe für die Aufhebung der Gleichstellung

Die Einführung eines von vornherein durch das Interesse der Hauptbeteiligten an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse beschränkten Anspruchs der Beigeladenen auf rechtliches Gehör durch Akteneinsicht anstelle der ursprünglich beabsichtigten Gleichstellung aller Verfahrensbeteiligten hatte u.a. folgenden Grund:

Ursprünglich war gemäß § 42 Abs.2 Nr.3 RegE ²¹⁷⁾ in Anlehnung an die aus den verwaltungsgerichtlichen Gesetzen bekannte Beiladung ²¹⁸⁾ nur die Beteiligung in ihren rechtlichen Interessen berührter Personen am Kartellverwaltungsverfahren vorgesehen. Diesen sollte gemäß §§ 39, 58 RegE ²¹⁹⁾, wie ausgeführt, im Beschwerdeverfahren rechtliches Gehör durch Akteneinsicht bzw. auszugsweisen Vortrag im selben Umfang wie den Hauptbeteiligten gewährt werden.

Schon gegen die verfahrensmäßige Gleichstellung der in ihren rechtlichen Interessen Betroffenen mit dem Antragsteller und dem durch die Verfügung Betroffenen wurden erhebliche Bedenken erhoben ²²⁰⁾, und zwar in erster Linie wegen der Gefahr der Geheimnisoffenbarung durch das umfassende Akteneinsichtsrecht der Beigeladenen ²²¹⁾. Auch müsse - so Forsthoff - zwischen den Beteiligten unterschieden werden, da das Interesse desjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, nicht mit dem Interesse der sonstigen Beteiligten auf

217) BT Drs.II/1158, Anl.1, S.13

218) vgl. Begr. zu § 42 RegE, aaO., S.49

219) aaO., S.12, 15

220) vgl. Forsthoff in FS Isay, S.114

221) aaO., S.104; krit. auch Thomä, WuW 1956, S.403, allerdings mit dem Argument, ein Recht auf Akteneinsicht für die Beteiligten sei in einem reinen Verwaltungsverfahren nicht üblich

eine Stufe gestellt werden könne ²²²⁾. Um die unmittelbar Betroffenen in ihren entlastenden Angaben nicht durch die Befürchtung, daß diese auch der Konkurrenz zugänglich sind, zu stark zu behindern, wurde stattdessen angeregt, den Beigeladenen Akteneinsicht nur aufgrund gesonderter Entscheidung nach Anhörung der unmittelbar Betroffenen zu gewähren ²²³⁾.

Der Gesetzgeber erweiterte trotz dieser grundsätzlichen Bedenken gegen den Umfang der vorgesehenen Drittbeteiligung noch die Beiladungsmöglichkeiten ²²⁴⁾. Er schaffte über die Regelungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hinaus die Voraussetzungen dafür, auch nur wirtschaftlich erheblich von der Entscheidung betroffenen Personen durch Ermessensentscheidung der Kartellbehörde rechtliches Gehör im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren zu gewähren. Im Zusammenhang mit dieser Erweiterung des Kreises der potentiell Beteiligten wurde jedoch die ursprüngliche Gleichstellung aller Verfahrensbeteiligten in bezug auf den Umfang des rechtlichen Gehörs durch Akteneinsicht ausdrücklich aufgegeben. Den von der Entscheidung unmittelbar rechtlich betroffenen Beteiligten ²²⁵⁾ wurde der ursprünglichen Regelung in § 58 RegE ²²⁶⁾ entsprechend gemäß § 57 a Abs.1 u.2 RegE ²²⁷⁾ umfassendes rechtliches Gehör durch ^{ein} unbedingtes Recht auf Akteneinsicht gewährt mit der Maßgabe, daß von der Akteneinsicht ausgeschlossene Unterlagen der Entscheidung nur nach auszugsweisem Vortrag zugrundegelegt

222) aaO.

223) aaO., S.105

224) § 42 Abs.2 Nr.3 i.d.F. der Beschl. des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik, BT Drs.II/3644, S.38

225) § 53 Abs.1 Nr.1 u. 2, RegE i.d.F. der Beschl. des BT-Ausschusses f. Wirtschaftspolitik, BT Drs.II/3644, S.44 = § 66 Abs.1 Nr.1 u. 2

226) BT Drs.II/1158, Anl.1, S.15

227) BT Drs.II/3644, S.46 = § 71 Abs.2

werden dürfen. Wirtschaftlich durch die Entscheidung berührten Personen und Personenvereinigungen sollte für den Fall ihrer Beiladung durch die Kartellbehörde im Beschwerdeverfahren Akteneinsicht und damit rechtliches Gehör zur Grundlage der Entscheidung nur aufgrund Ermessensentscheidung des Gerichts gemäß § 57 a Abs.3 RegE gewährt werden können ²²⁸⁾. Der Umfang ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch Akteneinsicht war damit wegen ihrer geringeren Betroffenheit durch die Entscheidung und zur Begrenzung der Gefahr einer Geheimnisoffenbarung von vornherein beschränkt. §§ 42 und 57 a RegE wurden in dieser Ausschlußfassung ²²⁹⁾ vom Bundestag verabschiedet ²³⁰⁾.

3. Weitere Kritik an der Entscheidung des Kammergerichts vom 13.11.1981

Das Kammergericht ²³¹⁾ kann dagegen - von der gleichen Rechtsstellung aller Verfahrensbeteiligten ausgehend folgerichtig - den Konflikt zwischen dem seiner Auffassung nach umfassenden Rechtsanspruch auf Information über die Entscheidungsgrundlage der Beigeladenen und dem Interesse der unmittelbar Betroffenen an effektiver Verteidigung unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen nur einzelfallbezogen lösen: Durch Güterabwägung zwischen dem rechtlichen Gehör der Beigeladenen und dem Schaden, der durch Offenbarung des Geschäftsgeheimnisses entsteht, unter Berücksichtigung der Bedeutung, die das mit der Be-

228) aaO., = § 71 Abs.3

229) aaO., S.37, 46

230) vgl. Vhdlg. des Dt. BT, 2. Wahlperiode, 222. Sitzung v. 3.7.1957, Stenograph. Berichte II/Bd.38, S.13166, 13174

231) 13.11.1981, WuW/E OLG 2686

schwerde verfolgte Recht für den Beschwerdeführer und den Wettbewerb, damit aber auch für die wirtschaftliche Situation der Beigeladenen hat ²³²⁾.

Diese Lösung hat zur Folge, daß der Schutz desjenigen, der zu seiner Verteidigung gegen eine belastende kartellbehördliche Verfügung oder zur Durchsetzung eines Rechtsanspruchs auf Erlaß einer begünstigenden Verfügung, Geheimnisse in das Verfahren einführen muß, erst dann ansetzt, wenn deren Offenbarung für ihn besonders schwerwiegende wirtschaftliche Folgen hat ²³³⁾. Eine so weitgehende Belastung der Betroffenen als Ergebnis der Drittbeteiligung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers durch § 71 Abs.3 gerade vermieden werden, indem der Umfang des rechtlichen Gehörs der nur wirtschaftlich Betroffenen gemäß § 71 Abs.3 generell durch die berechtigten Geheimhaltungsinteressen begrenzt wurde.

Abgesehen davon wirft der Lösungsansatz des Kammergerichts praktisch erhebliche Probleme auf. Bereits die Festlegung, ob bestimmte Tatsachen, die die Verfahrensbeteiligten geheimhalten wollen, Geschäftsgeheimnisse sind, weil ihre Offenbarung die Wettbewerbsfähigkeit des Geheimnisinhabers beeinträchtigen würde ²³⁴⁾, ist nicht ohne weiteres und häufig nur aufgrund Ermittlung der besonderen Umstände des Einzelfalles möglich ²³⁵⁾. Diese Überlegungen hat das Gericht jedoch auch nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig anzustellen, wenn es nach Anhörung der Verfügungsberechtigten um die Entscheidung über den Umfang der Akteneinsicht für die Beigeladenen geht.

232) aaO., S.2692

233) vgl. KG aaO., dazu Traumann, WRP 1983, S.196

234) vgl. Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG Rz.6; BGH 15.3.1955, GRUR 1955, S.424, 425

235) vgl. oben, § 1 III, S.12 ff.

Folgt man dem Lösungsansatz des Kammergerichts, dann hat das Gericht aber zukünftig immer dann, wenn die Hauptbeteiligten Geschäftsgeheimnisse verwertet haben wollen, darüber hinaus von Amts wegen zu prüfen, ob deren Offenbarung "besonders schwerwiegende wirtschaftliche Folgen hat" ²³⁶⁾. Für diese Prognoseentscheidung gibt das GWB keine Kriterien vor ²³⁷⁾. Praktisch wird das Gericht sich jedoch ausführlich mit den vielen Anhaltspunkten auseinanderzusetzen haben, die die Geheimnisinhaber selbst anführen, um auf die (angebliche) Gefahr einer erheblichen Schädigung hinzuweisen.

Nicht weniger problematisch dürfte die Feststellung der Bedeutung sein, die das mit der Beschwerde verfolgte Recht für den Beschwerdeführer, den Wettbewerb und die wirtschaftliche Situation des Beigeladenen hat ²³⁸⁾. Diese unter Umständen zeitaufwendigen umfangreichen Abwägungen dienen auch nicht etwa der Entscheidungsfindung insgesamt, sondern erlauben nur eine Entscheidung über die Vorfrage des Umfangs der zu verwertenden Tatsachen.

Schließlich birgt die Notwendigkeit derartiger Prognosen im Rahmen der Güterabwägung ein die Kartellbehörde willkürlich stärker belastendes Haftungsrisiko. Während § 839 Abs.2 S.2 BGB das Gericht vor den Haftungsfolgen eventueller Fehlprognosen schützt, hat die Kartellbehörde bei der entsprechenden Güterabwägung im Verwaltungsverfahren das Risiko unter Umständen enormer Schäden infolge notgedrungener Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen durch die Hauptbeteiligten bereits im Falle leichter Fahrlässigkeit gemäß § 839 Abs.1 BGB zu tragen.

236) vgl. KG aaO., §.2692

237) zu den Kriterien für die Abgrenzung von Geschäftsgeheimnissen i.S.d. GWB vgl. oben, § 1 III S.12 ff.

238) vgl. KG aaO., S.2692

4. Ergebnis

Den Beigeladenen sollte ursprünglich zum Schutz ihrer durch das Verwaltungsverfahren berührten rechtlichen Interessen ²³⁹⁾ mit der Beiladungsentscheidung dieselbe Rechtsstellung eingeräumt werden wie den Hauptbeteiligten ²⁴⁰⁾. Diese Gleichstellung ist in der Gesetz gewordenen Fassung durch § 71 Abs.3 aufgehoben.

§ 51 Abs.2 Ziff.4 (=§ 42 Abs.2 Ziff.3 RegE) ermöglicht jetzt zwar grundsätzlich die Beiladung zum Verwaltungsverfahren bereits bei erheblicher Interessenberührung. Die dadurch erlangte Beteiligtenstellung zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen ist jedoch im Vergleich zur Stellung der Hauptbeteiligten gemäß § 71 Abs.3 (= § 57 a Abs.3 RegE) von vornherein durch das wirtschaftliche Interesse der Hauptbeteiligten an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse beschränkt.

Der Gesetzgeber hat den Konflikt, den die ursprünglich vorgesehene Gewährung gleicher Verfahrensrechte für alle Beteiligten zur Folge gehabt hätte, gesehen. Im Zusammenhang mit der Erweiterung der Beiladungsmöglichkeiten hat er daher in § 71 Abs.3 (unter Berücksichtigung der Kritik am Regierungsentwurf)

diesen Interessenkonflikt generell gelöst.

Den berechtigten wirtschaftlichen Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten wurde wegen ihrer unmittelbaren rechtlichen Betroffenheit durch das Verfahren der Vorrang vor dem lediglich wirtschaftlichen Interesse der Beigeladenen, auf die Entscheidung Einfluß zu nehmen, gegeben.

Soweit berechnigte Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten einer Akteneinsicht durch die Beigeladenen entgegenstehen, können diese Unterlagen der Entscheidung auch ohne auszugsweisen Vortrag zugrundegelegt werden.

239) § 42 Abs.2 Ziff.3 RegE, BT Drs.II/1158 Anl.1, S.13

240) vgl. §§ 39, 58 RegE aaO., S.12, 15

Nach dieser an Wortlaut und Entstehungsgeschichte orientierten Auslegung enthält § 71 Abs.3 einen von den Umständen des Einzelfalles unabhängigen Kompromiß zwischen umfassender Drittbeteiligung und -information und Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten, der eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts im Interesse materiell richtiger Entscheidungen erleichtert.

III. Vereinbarkeit des § 71 Abs.3 mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (§ 70 Abs.1 S.2, Art.103 Abs.1 GG)

1. Widerspruch zwischen §§ 70 Abs.1 S.2 und 71 Abs.3

Die nach der hier vertretenen Auffassung aus § 71 Abs.3 folgende Beschränkung der Verfahrensrechte der Beigeladenen ist mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs vereinbar, wenn und soweit die Beigeladenen weder aufgrund ihrer materiellen Rechtsstellung noch aufgrund ihrer formellen Stellung als Beteiligte eines gerichtlichen Verfahrens einen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art.103 Abs.1 GG haben. Dann steht es dem Gesetzgeber nämlich frei, in welchem Umfang er aus Zweckmäßigkeitserwägungen die Verfahrensbeteiligung zuläßt und wie er die Rechtsstellung der nicht notwendig am Verfahren Beteiligten ausgestaltet ²⁴¹⁾.

Soweit § 70 Abs.1 S.2 den Beigeladenen seinem Wortlaut nach vermeintlich weitergehende Rechte auf Stellungnahme zur Entscheidungsgrundlage einräumt, als

241) ähnlich KG 2.10.1981, WuW/E OLG 2603, 2604

ihnen nach dem Willen des Gesetzgebers gemäß § 71 Abs.3 tatsächlich zustehen sollten, ließe sich der Widerspruch zwischen diesen beiden Regelungen unter Berücksichtigung der materiellen Rechtsstellung der Beigeladenen durch einschränkende Auslegung des § 70 Abs.1 S.2 ²⁴²⁾ überwinden.

2. Kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Verfahrens-Beteiligung

a) Schlußfolgerungen aus den Anhörungs- und Beiladungsbestimmungen des GWB

Das GWB enthält ein abgestuftes System von Anhörungs- und Beteiligungsrechten ²⁴³⁾ für die von einem Verwaltungsverfahren berührten Personen und Personenvereinigungen. So hat die Kartellbehörde gemäß § 30 im Verfahren über die Eintragung von Wettbewerbsregeln nichtbeteiligte Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe anzuhören. Mit dem korrespondierenden Recht auf Abgabe einer Stellungnahme ist jedoch noch keine Beteiligung am Verfahren verbunden ²⁴⁴⁾.

Auch den Vertretern der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise, deren Anhörung durch die Kartellbehörde gemäß § 53 Abs.2 fakultativ ist ²⁴⁵⁾, steht ein Anspruch auf Stellungnahme zum Ermittlungs-

242) vgl. Traumann, WRP 1983, S.194

243) dazu allg. K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.443 ff. m.w.N.

244) Franzen im GK, § 30 Rz.2; Müller/Giessler/Scholz, § 30 Rz.2; K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 30 Rz.11

245) K.Schmidt aaO., § 53 Rz.21; Starck, BB 1960, S.466

ergebnis ausdrücklich nicht zu ²⁴⁶⁾.

Wer auf Antrag von der Kartellbehörde beigeladen wird, weil seine Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden, ist gemäß § 66 Abs.1 Nr.3 zwar automatisch an einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren beteiligt, ein unbedingter Anspruch auf Beiladung besteht jedoch nach dem Wortlaut des § 51 Abs.2 Ziff.4 ("kann") nicht ²⁴⁷⁾.

Da zugunsten des nachkonstitutionellen Gesetzgebers die Vermutung besteht, daß sein Handeln verfassungsgemäß ist ²⁴⁸⁾, erlauben diese Verfahrensbestimmungen den Schluß, daß Personen, die durch eine gerichtliche Entscheidung nur in ihren Interessen berührt werden, keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Verfahrensbeteiligung und rechtliches Gehör haben. Es könnte dem Gesetzgeber daher in der Tat freigestanden haben, wie er die Anhörung und/oder Verfahrensbeteiligung ²⁴⁹⁾ der nicht notwendigerweise Beteiligten ausgestaltet.

246) vgl. Begr. zu § 44 RegE, BT Drs.II/1158 Anl.1, S.50; auf Vorschlag des Bundesrates wurde dies noch durch Einfügen des Wortes "kann" statt "soll" verdeutlicht, vgl. Änderungsvorschläge des Bundesrates zu § 44 RegE, BT Drs. II/1158 Anl.2, S.72

247) vgl. auch § 13 Abs.2 S.1 VwVfG

248) vgl. dazu Hesse, Grundzüge, § 2 Rz.83, S.32

249) vgl. K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.465; die Grenzen zwischen Anhörung und Beiladung im GWB sind fließend, da auch die Anhörungsberechtigten unter den Voraussetzungen des § 54 Abs.2 Ziff.4 auf Antrag beigeladen werden können

b) Bedeutung der materiellen Rechtsposition

Es besteht Übereinstimmung, daß Art.103 Abs.1 GG nicht wörtlich zu nehmen ist ²⁵⁰⁾ und - wie Bettermann ²⁵¹⁾ ausführt - auch kein populäres Anhörungs- oder Beteiligungsrecht gewährt. Andererseits ist für die Beantwortung der Frage, ob ein Dritter Anspruch auf rechtliches Gehör in einem zwischen anderen anhängigen Gerichtsverfahren hat, nicht allein auf die vom Gesetzgeber vorgesehene Verfahrensbeteiligung abzustellen ²⁵²⁾. Vielmehr können auch Dritte, deren Verfahrensbeteiligung nach den Verfahrensbestimmungen nicht oder wie in § 51 Abs.2 Nr.4 nicht notwendig vorgesehen ist, einen unbedingten Anspruch auf Verfahrensbeteiligung und rechtliches Gehör haben, weil sie durch das Verfahren sachlich betroffen werden ²⁵³⁾. Dabei reicht nach ebenfalls übereinstimmender Auffassung nicht die Betroffenheit in rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Interessen. Die gerichtliche Entscheidung muß den Dritten vielmehr unmittelbar

250) vgl. statt aller Baur, AcP 153, S.407; Bettermann, JZ 1962, S.676; Wolf, JZ 1971, S.405; Zeuner in FS Nipperdey I, S.1037; ders., Rechtliches Gehör, S.9

251) aaO.

252) dazu neigt Bettermann, aaO., S.676 f., auch wenn er zu Recht die Frage stellt, ob diese Auslegung des Art.103 Abs.1 GG den verfassungsrechtlichen Gehalt der Vorschrift voll ausschöpft; krit. dazu Bohnert, JZ 1978, S.711; zur umgekehrten Frage, ob die formale Stellung als Verfahrensbeteiligter notwendigerweise einen Anspruch auf rechtliches Gehör zur gesamten Entscheidungsgrundlage gewährt, siehe unten, 3, S.95 ff.

253) Zeuner, Rechtliches Gehör, S.9

in seinen Rechten beeinträchtigen²⁵⁴⁾.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob sich der Anspruch dieser Dritten auf rechtliches Gehör und Verfahrensbeteiligung dann unmittelbar aus Art.103 Abs.1 GG ergibt²⁵⁵⁾, oder dieser Anspruch

erst durch die Verfahrensbeteiligung ausgelöst wird, die bei unmittelbarer rechtlicher Betroffenheit gemäß Art.19 Abs.4 GG ggf. über den gesetzlich vorgesehenen Rahmen hinaus zu ermöglichen ist²⁵⁶⁾.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird die (notwendige) Verfahrensbeteiligung unmittelbar betroffener Dritter²⁵⁷⁾ durch das Institut der not-

254) BVerfG 17, 356, 362; 21, 132, 137 f.; 60, 7, 14 f.; BVerwG 17, 293, 297; 18, 124, 125; ebenso Baur, AcP 153, S.407; Bohnert, JZ 1978, S.713: der die notwendige Beiladung unmittelbar rechtlich Betroffener im Strafverfahren behandelt; Brügge-mann, JR 1969, S.363; Lerche, ZZP Bd.78, S.23 f., für den die unmittelbare rechtliche Betroffenheit einen Justizgewährungsanspruch gem. Art.19 Abs.4 begründet; K.Schmidt, Kartellverfah-rensrecht, S.450; Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.75 ff.; ders., WiR 1972, S.53; Wolf, JZ 1971, S.406, der die Begrenzung auf Statusangelegen-heiten betont; Zeuner, Rechtliches Gehör, S.57, der vom rechtlichen Betroffensein durch die spe-zifischen Urteilsauswirkungen spricht

255) so die h.M.; vgl. statt aller Zeuner, aaO., S.9 m.w.N. in Fn.11 und S.12 ff.

256) so Lerche, ZZP Bd.78, S.23 ff. in Erwiderung auf Zeuner, FS Nipperdey I, S.1037 ff.

257) vgl. Eyermann /Fröhler, § 65 VwGO Rz.24, wenn die Entscheidung dem Dritten gegenüber nur einheitlich ergehen kann; weiter Redeker/v.Oertzen, § 65 VwGO Rz.8, wenn die Entscheidung nicht getroffen werden kann, ohne damit gleichzeitig unmittelbar Rechte oder Rechtsbeziehungen des Beigeladenen zu gestal-ten, zu bestätigen, zu verändern oder zum Er-löschen zu bringen; auf die Notwendigkeit der Bei-ladung zum Verwaltungsverfahren nicht nur bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, sondern auch bei befehlenden und verbietenden, sofern sie un-mittelbar und notwendig subjektive Rechte Dritter berühren, weist auch Kopp, § 13 VwVfG Rz.31, hin; zur Rechtsstellung des notwendig Beigeladenen vgl. Joeres, S.68 ff.

wendigen Beiladung gemäß § 65 Abs.2 VwGO²⁵⁸⁾ sichergestellt. Die Ausgestaltung der gesetzlich vorgesehenen Drittbeteiligungsrechte in §§ 64 ff. ZPO gewährleistet demgegenüber nicht, daß die von der Entscheidung in einem anhängigen Verfahren unmittelbar in ihren Rechten beeinträchtigten Dritten zumindest von der Einleitung des Verfahrens Kenntnis erhalten. Im Zivilverfahren ist das Gericht daher unmittelbar aus Art.103 Abs.1 GG verpflichtet, diese Personen - z.B. die übrigen Mitgesellschafter einer GmbH bei Erhebung einer Auflösungsklage durch einen der Mitgesellschafter²⁵⁹⁾ - von der Klageerhebung zu unterrichten²⁶⁰⁾, um ihnen Gelegenheit zur Mitwirkung an der Entscheidung²⁶¹⁾ zu geben.

258) vgl. auch §§ 75 Abs.2 SGG; 60 Abs.2 FGO; für das Verwaltungsverfahren §§ 13 Abs.2 S.2 VwVfG

259) = Sachverhalt BVerfG 60, 7 ff.

260) BVerfG 21, 132, 137, den Anspr. des Vaters auf rechtliches Gehör im Verfahren über die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes durch die Staatsanwaltschaft gem. § 1595 a BGB a.F. betreffend; vgl. dagegen: BVerfG 29.4.1982, NJW 1982, S.1652, 1653, der dem als außerehelichen Erzeuger in Betracht kommenden Mann im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß keinen Anspruch auf rechtliches Gehör zugestand, da er nicht sachlich betroffen sei, weil in dem Verfahren nur der Status des Kindes rechtskräftig festgestellt worden sei

261) vgl. Zeuner, FS Nipperdey I, S.1016, der den Anspruch auf rechtliches Gehör als "Mitwirkungsbefugnis kraft Rechtsbetroffenheit" umschreibt

Demgegenüber ist die Verfahrensbeteiligung nur in rechtlichen Interessen ²⁶²⁾ durch eine Entscheidung berührter Dritter als sog. einfache Beiladung ²⁶³⁾ bzw. im Zivilprozeß als Nebenintervention ²⁶⁴⁾ zwar zulässig, aber mangels unmittelbarer Rechtsbetroffenheit durch die Entscheidung als Rechtsschutzinstrument verfassungsrechtlich nicht geboten, so daß die Beiladungsvoraussetzungen in erster Linie die zulässige Belastung der Parteien durch Drittbeteiligung umschreiben ²⁶⁵⁾. Die einfache Beiladung dient vor allem der Verfahrensökonomie, indem sie es ermöglicht, die Entscheidung auch dem Beigeladenen gegenüber rechtskräftig werden zu lassen und auf diese Weise künftigen Streitfällen vorzubeugen oder diese sogar zu vermeiden. Ist sie aus diesen Erwägungen heraus erfolgt, dann rechtfertigt sich der Umfang der Rechtsstellung des Beigeladenen im Gerichtsverfahren ²⁶⁷⁾ nur durch die, wenn auch begrenzte, Rechtskrafterstreckung ²⁶⁸⁾. Da der ein-

262) vgl. dazu Eyermann/Fröhler, § 65 Rz.19 ...die Rechtsstellung muß durch die Entscheidung berührt, d.h. verbessert oder verschlechtert werden, das ist insbes. der Fall, wenn die Entscheidung rechtlich präjudizielle Wirkung auf die Rechtsstellung des Beigeladenen hat; ähnlich Thomas/Putzo, § 66 ZPO Anm.3c, für das bei der Nebenintervention erforderliche rechtliche Interesse insbes. bei drohenden Regreßansprüchen durch eine Partei

263) §§ 65 Abs.1 VwGO; 75 Abs.1 SGG; 60 Abs.1 FGO; im Verwaltungsverfahren §§ 13 Abs.2 S.1 VwVfG

264) § 66 ZPO, die sich im übrigen aber grundsätzlich von der einfachen Beiladung unterscheidet; vgl. dazu Eyermann/Fröhler, § 65 VwGO Rz.1

265) vgl. K.Schmidt, BB 1981, S.760

266) vgl. Kopp, § 13 VwVfG Rz.35

267) vgl. §§ 108 Abs.2 VwGO; 96 Abs.2 FGO; 128 Abs.2 SGG

268) vgl. Eyermann/Fröhler, § 66 VwGO Rz.13; auf diesen Umstand weist auch Traumann, WRP 1983, S.195, hin

fache Beigeladene keinen Rechtsanspruch auf Beiladung besitze und folglich auch keinen Rechtsanspruch auf Aufrechterhaltung seiner Prozessualen Stellung als Verfahrensbeteiligter habe, wird es teilweise für zulässig gehalten, diese Verfahrensbeteiligung aus Zweckmäßigkeitserwägungen jederzeit aufzuheben. Der Beigeladene erleide dadurch keinen Rechtsnachteil, weil er nach Aufhebung von der Rechtskraft der Entscheidung nicht erfaßt werde ²⁶⁹⁾.

Schließlich können Dritte, die durch eine Entscheidung in ideellen, sozialen oder wirtschaftlichen Interessen berührt werden, im allgemeinen Verwaltungsverfahren aufgrund besonderer Rechtsvorschriften ²⁷⁰⁾ zur Unterrichtung der Behörde herangezogen werden, ohne daß sie dadurch - wie sich aus § 13 Abs.3 VwVfG ergibt - die Stellung von Verfahrensbeteiligten erhalten. Ihre Beteiligung am verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist nur zulässig, wenn gleichzeitig rechtliche Interessen berührt werden, d.h. wenn das Verfahren bereits bestehende Rechtsverhältnisse zum Vor- oder Nachteil dieser Dritten beeinflußt oder beeinflussen kann ²⁷¹⁾.

269) so ausdrücklich Eyermann/Fröhler, § 65 VwGO Rz.59; einschränkend OVG Münster, 4.12.1963, NJW 1964, S.1689: keine Aufhebung, wenn der Beigeladene im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit der Beiladung besondere Aufwendungen gemacht hat (dort Beauftragung eines Rechtsanwalts); für diskussionsbedürftig gehalten wird die Möglichkeit der Aufhebung von K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.467; grds. abgelehnt von Redeker/v.Oertzen, § 65 VwGO Rz.17 m.w.N.; Gesetzesvorschlag bei Kollhosser, Verfahrensbeteiligung, S.411

270) z.B. § 73 Abs.4 VwVfG, Anhörungsrechte im Planfeststellungsverfahren betreffend

271) vgl. Eyermann/Fröhler, § 65 VwGO Rz.19; ebenso Redeker/v.Oertzen, § 65 VwGO Rz.4; Kopp, § 13 VwVfG Rz.44

Nur das GWB ermöglicht durch die Regelung in § 51 Abs. 2 Ziff.4 die Beiladung lediglich in wirtschaftlichen Interessen berührter Dritter zum Verwaltungsverfahren und damit gemäß § 66 Abs.1 Nr.3 gleichzeitig ihre automatische Beteiligung am Beschwerdeverfahren. K.Schmidt bezeichnet die in § 51 Abs.2 Nr.4 vorgesehene Beiladung daher auch als "qualifizierte Anhörung" ²⁷²⁾.

- c) Umfang verfassungsrechtlich gebotener Verfahrensbeteiligung

Die in § 51 Abs.2 Ziff.4 vorgesehene Beiladung von Personen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden mit der Folge automatischer Beteiligung am Beschwerdeverfahren gem. § 66 Abs.1 Ziff.3, ist nach dem Vorstehenden gemäß Art. 103 Abs.1 GG nicht geboten. § 51 Abs.2 Nr.4 geht sogar weit über die auch in anderen Verfahrensordnungen nur fakultative Beiladung hinaus ²⁷³⁾, indem er die Verfahrensbeteiligung unabhängig davon zuläßt, ob jemand - wenn auch nur mittelbar, etwa durch die präjudizielle Wirkung der Entscheidung - in seiner Rechtsstellung berührt wird. Tatsächlich werden die gemäß § 51 Abs.2 Ziff.4 Beigeladenen materiell durch die Entscheidung nicht stärker betroffen als die nach anderen Verfahrensordnungen lediglich im Verwaltungsverfahren Anhörungsberechtigten. Auch wenn K.Schmidt zu Recht darauf hinweist, daß die Anhörung neben der Behördeninformation auch

272) Kartellverfahrensrecht S.467; vgl. auch Kopp, Festg. BVerwG, S.398, der sich gegen die klare Abgrenzung der einfachen Beiladung von den Fällen bloßer Anhörungsberechtigung wendet

273) ebenso KG 2.10.1981, WuW/E OLG 2603, 2604

dem Drittschutz diene ²⁷⁴⁾, erlaubt der Vergleich mit den anderen Verfahrensordnungen den Schluß, daß dann, wenn nur erhebliche Interessen berührt werden, diesem Drittschutz im GWB auch durch die Regelung nur fakultativer Anhörungsrechte analog § 53 Abs.2 hätte genügt werden können.

Ein verfassungsrechtlicher Anspruch in ihren Interessen durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts erheblich berührter Personen oder Personenvereinigungen auf Verfahrensbeteiligung und rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren besteht daher grundsätzlich nicht. Es bleibt jedoch zu klären, ob die infolge Beiladung durch die Kartellbehörde zum Verwaltungsverfahren automatisch am Beschwerdeverfahren Beteiligten allein aufgrund ihrer Beteiligung an einem gerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör haben ²⁷⁵⁾.

Aus verfassungsrechtlichen Gründen von vornherein notwendig ist dagegen die Beiladung derjenigen, deren Rechtsstellung die Entscheidung des Beschwerdegerichts unmittelbar beeinträchtigen kann ²⁷⁶⁾ und deren Verfahrensbeteiligung am Beschwerdeverfahren nicht bereits durch §§ 51 Abs.2 Ziff.1 bis 3 und 5, 66 Abs.1 Ziff.1 und 2 sichergestellt ist.

Das GWB sieht jedoch über die abstrakt geregelten Fälle notwendiger Beiladung in § 51 Abs.2 Ziff.3

274) Kartellverfahrensrecht, S.445

275) vgl. unten, Ziff.3 S.95 ff.

276) vgl. oben, Fn.254)

und 5 hinaus - die Beiladung gemäß § 51 Abs.2 Ziff. 4 steht nach allgemeiner Meinung im Ermessen der Kartellbehörde ²⁷⁷⁾ - eine notwendige Benachrichtigung weiterer unmittelbar Betroffener und deren Beiladung zum Verwaltungsverfahren mit der Folge automatischer Beteiligung am Beschwerdeverfahren nicht vor ²⁷⁸⁾, auch keine (notwendige) Beiladung unmittelbar zum Beschwerdeverfahren.

Da die Verfahrensbeteiligung Dritter im Beschwerdeverfahren gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 somit von einer vorher erfolgten Beiladung durch die Kartellbehörde abhängt, hat das Kammergericht ²⁷⁹⁾ im Anschluß an eine bereits in der Literatur stark vertretene Meinung ²⁸⁰⁾ neuerdings zu Recht entschieden, daß

277) vgl. statt aller KG 7.11.1969, aaO., S.1071, 1072, "Triestklausel"; Frankf. Kommentar, § 51 Rz.86; Junge im GK, § 51 Rz.20; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 51 Rz.29; Müller/Giessler/Scholz, § 51 Rz.16; differenzierend allerdings K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 51 Rz.48 m.w.N.

278) die Regelung der notwendigen Beiladung wurde im Gesetzgebungsverfahren zwar diskutiert, vgl. BT Drs.II/1158 Anl.1, S.83, im Rechtsausschuß dann aber fallengelassen, um verfahrensfehlerhafte Entscheidungen wg. unterlassener notwendiger Beiladung zu vermeiden, vgl. Rechtsausschuß Prot. II/215, S.25, zit.n. K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.459

279) 28.11.1979, aaO., S.2247, 2256 f., "Parallel-lieferteile"; KG 9.12.1979, aaO., S.2193, 2194, "Basalt-Union"; dazu K.Schmidt, BB 1981, S.756 ff.

280) vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt, 5.Aufl., § 51 Rz.16; K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.493 ff.; Schöne, WRP 1960, S.263; Westrick/Loewenheim, § 51 Rz.32 f.

§ 13 Abs.2 S.2 VwVfG ergänzend heranzuziehen sei. Soweit die Regelung der notwendigen Verfahrens-beteiligung in § 51 Abs.2 Ziff.1 bis 3 Lücken auf-weise, weil dort nicht alle Fälle erfaßt seien, in denen eine behördliche Verfügung rechtsgestal-tend in die Rechtsposition Dritter eingreift, sind diese Dritten von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen und auf Antrag beizuladen ²⁸¹⁾.

Demgegenüber hat die Auffassung, die mit der bisher herrschenden Meinung ²⁸²⁾ eine notwendige Beila-dung ablehnt, dafür aber auch nicht am Verwaltungs-verfahren Beteiligte gemäß § 62 Abs.2 für beschwerde-befugt hält, wenn sie i.S. von Art.19 IV GG in ihren Rechten verletzt sind ²⁸³⁾, den Nachteil, daß dadurch die im Gesetz angelegte formalisierte Ver-fahrensbeteiligung und Beschwerdebefugnis aufge-geben würde ²⁸⁴⁾. Darüber hinaus ist wegen der heute anerkannten Geltung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs auch im Verwaltungsverfahren ²⁸⁵⁾

281) so im Ergebnis jetzt auch Junge im GK, § 51 Rz.20, mit Einschränkungen; weitergehend Soell, FS Wahl, S.461 f., der die Kartellbehörde für verpflichtet hält, jeden beizuladen, der die Voraussetzungen des § 51 Abs.2 Ziff.4 erfüllt, dafür aber zur Wahrung berechtigter Geheimhal-tungsinteressen eine partielle Beiladung für zulässig hält; ebenso Schöne, aaO., S.336

282) vgl. nur Junge im GK, 3.Aufl., § 51 Rz.14, 19; Müller/Giessler/Scholz, § 51 Rz.16; KG 16.2.1960, aaO., S.339, 342 f., "IG Bergbau"; KG 24.6.1960, aaO., S.392, "Exportförderung"; KG 6.12.1968, aaO., S.964, 968, "Autoschmiermittel"; KG 7.11.1969, aaO., S.1071, 1072 "Triestklausel"

283) grundlegend Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.198; Junge im GK, 3.Aufl., § 51 Rz.5; Müller/Giessler/Scholz, § 62 Rz.6; vgl. auch § 49 Abs.2 Ziff.2 RegE, BT Drs.II/1158 Anl.1, S.14

284) vgl. dazu K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 62 Rz.22

285) vgl. oben, Fn.97).

ohnehin die Beiladung Dritter, in deren Rechte eine behördliche Verfügung unmittelbar eingreifen kann, schon zum Verwaltungsverfahren notwendig.

- d) Notwendig beizuladende Personen und Personenvereinigungen

Nach der neuesten Rechtsprechung des Kammergerichts sind jedenfalls in Verfahren über die Aufhebung von Ausschließlichkeitsbindungen die gebundenen Unternehmen ²⁸⁶⁾ und bei der Mißbrauchsaufsicht über erlaubte Kartelle die Kartellaußenseiter, deren Vertragsverhältnisse durch die kartellbehördliche Verfügung unmittelbar betroffen werden ²⁸⁷⁾, bereits zum Verwaltungsverfahren beizuladen. Allgemein kommt es danach für die Annahme einer notwendigen Beiladung darauf an, ob der Ausgang des Verwaltungsverfahrens und damit auch des u.U. nachfolgenden Beschwerdeverfahrens den (die) Dritten in seinen (ihren) Rechten verletzen kann ²⁸⁸⁾. Das ist prognostisch festzustellen ²⁸⁹⁾. Allerdings ist noch weitgehend ungeklärt, welche Vorschriften des GWB überhaupt subjektive öffentliche Rechte gewährleisten ²⁹⁰⁾, sodaß sich eindeutige Fälle notwendiger

286) KG 28.11.1979, WuW/E OLG, S.2247, 2256, "Parallellieferteile"

287) KG 19.12.1979, aaO., S.2193, 2194, "Basalt-Union"

288) vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 51 Rz.30; K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.462 ff., 508; Westrick/Loewenheim, § 51 Rz.32; vgl. auch oben, Fn.254)

289) BVerwG 18, 124, 126 f.; Borgs in Meyer/Borgs, § 13 VwVfG Rz.10; Kopp, § 13 VwVfG Rz.32; ders., FS BVerwG, S.395

290) eingehend dazu K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.508, 578 ff.; Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.172 ff.

Beiladung derzeit nur anhand der Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis gemäß § 62 Abs.3 ²⁹¹⁾ und zum Schutzgesetzcharakter der GWB-Bestimmungen im Rahmen des § 35 ²⁹²⁾ feststellen lassen.

Die in diesem Bereich äußerst zurückhaltende Rechtsprechung ²⁹³⁾ hat ein subjektives öffentliches Recht und damit die Beschwerdebefugnis gegen die Freistellung von Widerspruchskartellen nur zugunsten der Marktbeteiligten einem Rabattkartell gegenüber angenommen ²⁹⁴⁾. Hierauf bezieht sich K. Schmidt, der trotz der unterschiedlichen Regelung auch die Beiladung der von einem Konditionenkartell betroffenen Marktbeteiligten als mittelbar Anhörungsberechtigte (§ 2 Abs.2) für notwendig hält ²⁹⁵⁾.

Als Schutzgesetze i.S.d. § 35 Abs.1 sind von der Rechtsprechung bisher lediglich § 25 Abs.2 ²⁹⁶⁾ und Abs.3 ²⁹⁷⁾ sowie das Boykott- ²⁹⁸⁾ und das Diskrimi-

291) vgl. Westrick/Loewenheim, § 51 Rz.33

292) im Ergebnis ebenso K.Schmidt, BB 1981, S.761; Mailänder, WuW 1965, S.671 ff.

293) kritisch dazu Emmerich in Immenga/Mestmäcker, § 35 Rz.25 ff., der im Gegensatz zu dieser Rspr. insbes. § 1 zugunsten der Abnehmer u. Lieferanten, §§ 11, 12 zugunsten der Dritten im Einflußbereich des Kartells, §§ 14, 15, 17, 18, 20, 21 und § 22 Abs.4 als Schutzgesetze behandelt

294) KG 8.2.1963, WuW/E OLG 540, 543 "Interessengemeinschaft"; KG 26.6.1964, aaO., S.677 679 "Linoleum II"; unentschieden BGH 8.4.1965, WuW/E 680, 682 "Linoleum III"

295) BB 1981, S.761; zustimmend Westrick/Loewenheim, § 51 Rz.33

296) vgl. nur BGH 24.6.1965, aaO., S.690, 693 "Brotkrieg II"; BGH 10.6.1966, aaO., S.755, 757 "Flaschenbier"; vgl. dazu allg. Markert, WRP 1966, S.330 ff.

297) vgl. nur BGH 14.3.1968, aaO., S.941, 944 "Fahrlehrer"; BGH 7.10.1980, WM 1981, S.69, 71

298) vgl. nur BGH 24.6.1965, aaO., S.690, 693 "Brotkrieg II"; BGH 10.6.1966, aaO., S.755, 757 "Flaschenbier"

nierungsverbot ²⁹⁹⁾ anerkannt, so daß in diesen Fällen die beeinträchtigten Unternehmen, wenn sie nicht als Antragsteller ohnehin gem. § 51 Abs.2 Ziff. 1 am Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren beteiligt sind ³⁰⁰⁾, bereits zum Verwaltungsverfahren notwendig beizuladen wären.

c) Zwischenergebnis zu 2.

Die in § 66 Abs.1 Ziff.3 vorgesehene automatische Beteiligung der Beigeladenen, deren wirtschaftliche Interessen durch die Entscheidung nicht berührt werden, am Beschwerdeverfahren ist verfassungsrechtlich zum Schutz subjektiver öffentlicher Rechte generell nicht geboten.

Handelt es sich dagegen um notwendige Beigeladene i.S. vorstehender Ausführungen, deren Rechte durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts beeinträchtigt werden können - ob das der Fall ist, muß mangels ausdrücklicher Bezeichnung im Beiladungsbeschluß vom Beschwerdegericht festgestellt werden - ist ihnen im Beschwerdeverfahren umfassendes rechtliches Gehör zur Entscheidungsgrundlage zu gewähren. Da der Gesetzgeber in § 71 Abs.3 ausdrücklich nur das Akteneinsichtsrecht der gemäß § 51 Abs.2 Ziff.4 Beigeladenen wegen deren im Vergleich zu den übrigen Verfahrensbeteiligten geringeren Betroffen-

299) vgl. nur BGH 26.10.1961, aaO., S.442, 448 "Gummistrümpfe"; BGH 2.4.1964, aaO., S.613, 617 "Werkmilchabzug" ; BGH 9.11.1967, aaO., S.886, 892 "Jägermeister"; BGH 14.11.1968, aaO., S.995, 999 "Taxiflug"; BGH 25.6.1964, aaO., S.675, 676 "Uhrenoptiker"; BGH 16.12.1965, aaO., S.759, 763 "pharmazeutische Großhandlung"

300) zur notwendigen Beteiligung der in § 66 Abs.1 nicht genannten, aber gem. § 51 Abs.2 Ziff.1-3 u. 5 notwendig Beteiligten vgl. oben, Fn.120)

heit eingeschränkt hat ³⁰¹⁾, haben die notwendig Beigeladenen zur Wahrnehmung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör ebenso wie die Hauptbeteiligten gemäß § 66 Abs.1 Ziff.1 und 2 und Abs.2 sowie die ihnen gleichgestellten über § 66 hinaus notwendig Beteiligten ³⁰²⁾ ein Recht auf Akteneinsicht entsprechend § 71 Abs.1 ³⁰³⁾.

Soweit die Verfahrensbeteiligung der Beigeladenen verfassungsrechtlich nicht geboten ist, steht es dem Gesetzgeber frei, ob und ggf. in welchem Umfang er diejenigen, deren Interessen durch die gerichtliche/behördliche Entscheidung berührt werden, zum Verfahren hinzuzieht und in welchem Umfang er ihnen Verfahrensrechte gewährt ³⁰⁴⁾. Das GWB sieht dementsprechend neben der Beiladung gemäß § 51 Abs.2 Ziff.4 weitere Anhörungs- und Mitwirkungs-möglichkeiten für Dritte im Kartellverwaltungsverfahren vor ³⁰⁵⁾, ohne daß diese Dritten dadurch zu Verfahrensbeteiligten werden ³⁰⁶⁾.

Der Gesetzgeber des GWB könnte sich allerdings selbst dadurch gebunden haben, daß er - anders als in anderen Verfahrensordnungen - denjenigen, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden und die die Kartellbehörde auf Antrag beigeladen hat, gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 im Beschwerdeverfahren automatisch die Stellung von Verfahrens-

301) vgl. oben, II.5, S.77

302) vgl. oben, § 2 I.4, S.42, Fn.120),121),122)

303) h.M. für die sonstigen, über § 66 Abs.1 Ziff.1 u. 2 hinaus notwendig Beteiligten, aaO., Fn.123)

304) vgl. ähnlich KG 2.10.1981, WuW/E OLG 2603, 2604

305) vgl. §§ 2 Abs.2; 3 Abs.2; 9 Abs.2 S.2; 30 S.1 2.HS; 38 Abs.2 Ziff.2b, 3; 53 Abs.2

306) vgl. K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 51 Rz.20; ausdrücklich § 13 Abs.3 VwVfG

beteiligten verleiht. Nachdem feststeht, daß Dritte, die durch eine gerichtliche Entscheidung unmittelbar in ihren Rechten beeinträchtigt werden, zur Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs bzw. aus dem Gesichtspunkt des Art.19 IV ³⁰⁷⁾ auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung den Status von Verfahrensbeteiligten erhalten müssen ³⁰⁸⁾, ist jetzt die gewissermaßen umgekehrte Frage zu klären: ob die aus Rechtsschutzgründen nicht gebotene formelle Verfahrensbeteiligung ³⁰⁹⁾ Dritter, deren Rechte durch die Entscheidung nicht beeinträchtigt werden können, einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör begründet.

Umfang des rechtlichen Gehörs bei formeller Verfahrensbeteiligung

a) Standpunkt des Kammergerichts

Das Kammergericht ³¹⁰⁾ hält es für unzulässig, die durch die Verfahrensbestimmungen des GWB festgelegte Rechtsposition der Beigeladenen von einer Verletzung materieller Rechte abhängig zu machen. Könne dem Beigeladenen im Falle seiner selbständigen Beschwerde gemäß § 62 Abs.2 nicht der Nachweis aufgebürdet werden, in seinen Rechten verletzt zu sein, so sei dies auch nicht erforderlich, wenn der Beigeladene ohne Geltendmachung seines Beschwerderechts am Gerichtsverfahren teilnimmt.

307) vgl. dazu oben, III.2.b), S.82, Fn.255), 256)

308) sog. materiell Beteiligte vgl. Baur, AcP 153, S.407; zum Begriff der Verfahrensbeteiligten vgl. auch Hormuth, Materielle Beteiligung, S.28 f.

309) vgl. dazu Baur, aaO.

310) 13.11.1981, WuW/E OLG 2686, 2690; vgl. ebenso Baur, aaO.; Zeuner, Rechtliches Gehör, S.9

Das Kammergericht unterstellt damit, daß die Verleihung der Beteiligtenstellung in einem gerichtlichen Verfahren durch den einfachen Gesetzgeber in jedem Fall einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör begründet.

b) Rechtsprechung des BVerfG

Demgegenüber besteht nach der Rechtsprechung des BVerfG ein Anspruch auf rechtliches Gehör nur insoweit, wie jemand als Partei oder in parteiähnlicher Stellung an einem Gerichtsverfahren beteiligt ist ³¹¹⁾.

Das BVerfG ³¹²⁾ hat in dem Zusammenhang entschieden, daß einen Anspruch auf rechtliches Gehör auch derjenige habe, der als Antragsteller im Popularklageverfahren beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof ³¹³⁾ die unzulässige Einschränkung eines Grundrechts geltend mache, von der er selbst nicht betroffen zu sein braucht. Wer eine Popularklage erhebe, sei zwar nicht in dem Sinne "Partei" wie ein "Kläger", der ein Verfahren gegen denjenigen einleitet, der seine Rechte verletzt hat ³¹⁴⁾, er sei jedoch in parteiähnlicher Stellung am Popularklageverfahren beteiligt. Für ausschlaggebend hielt das Gericht dabei die Tatsache, daß der Antragsteller nach dem BayVerfGHG das Recht auf Akteneinsicht habe, sich in jeder Lage des Verfahrens durch Bevollmächtigte vertreten lassen könne, ohne seinen Verzicht aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden sei, daß

311) BVerfG 8, 184, 185; 12, 110, 112; 13, 132, 140; 14, 320, 323; 42, 172, 175

312) 13, 132 ff.

313) vgl. Art. 98, S. 4, Bayer. Verf.; § 54 Abs. 1 BayVerfGHG

314) BVerfG, aaO., S. 141

er von allen Beweisterminen benachrichtigt werden müsse und ihnen beiwohnen könne ³¹⁵⁾. Darüber hinaus sei jedoch entscheidend, daß die Bayerische Verfassung jedem Bürger die Befugnis einräume, verfassungswidrige Grundrechtseinschränkungen durch Gesetze und Verordnungen ohne Rücksicht darauf zu rügen, ob eigene Grundrechte verletzt sind ³¹⁶⁾. Diese jedem Bürger eingeräumte Rechtsposition muß - so das BVerfG wörtlich - derjenigen einer "Partei" gleichgeachtet werden, die vor Gericht eigene Rechte verfolgt ³¹⁷⁾.

Ebenfalls aufgrund der kraft Gesetzes eingeräumten Befugnis, ein gerichtliches Verfahren in Gang zu bringen, hat das BVerfG zugunsten des Antragstellers im Klageerzwingungsverfahren nach §§ 172 ff. StPO ³¹⁸⁾ des Privatklägers nach §§ 374 ff. StPO ³¹⁹⁾ und des Nebenklägers ³²⁰⁾ jeweils einen Anspruch auf rechtliches Gehör angenommen, damit sie ihre Rechte als Kläger ausüben können ³²¹⁾.

315) aaO., unter Hinweis auf §§ 14, 15, 16, 18 u. 20 BayVerfGHG

316) aaO.

317) aaO., S.142

318) BVerfG 19, 32, 37

319) BVerfG 8, 184, 185; 12, 110, 112; 17, 194, 196

320) BVerfG 14, 320, 323

321) so ausdrücklich BVerfG 14, S.323

c) Rechtsprechung zum Umfang des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren gemäß § 57 FGG

Die Frage, ob formell Beteiligte, deren Rechte durch die Gerichtsentscheidung nicht unmittelbar beeinträchtigt werden, Anspruch auf rechtliches Gehör haben, war darüber hinaus Gegenstand mehrerer Entscheidungen zum Umfang des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren gemäß § 57 FGG. Die Geltung dieses Grundsatzes im FGG-Verfahren ist zwar heute in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt³²²⁾. Der Umfang des rechtlichen Gehörs der Verfahrensbeteiligten ist im FGG jedoch nicht ausdrücklich geregelt, so daß mehrfach zu entscheiden war, ob und ggf. in welchem Umfang die Beteiligten direkt aus Art.103 Abs.1 GG Anspruch auf rechtliches Gehör hatten.

Der Rückgriff auf die Rechtsprechung zum Umfang des rechtlichen Gehörs im FGG-Verfahren ist darüber hinaus deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber gerade dieses Verfahren zum Vorbild für die Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften des GWB nahm³²³⁾. Gemäß § 57 FGG wird wie in § 62 Abs.2, die Beschwerdeberechtigung unabhängig davon gewährt, ob Rechte durch die Verfügung beeinträchtigt werden.

Anspruch auf rechtliches Gehör haben im Beschwerdeverfahren gemäß § 57 FGG: das Jugendamt im Beschwerdeverfahren über eine von ihm beantragte Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung³²⁴⁾, das

322) vgl. statt aller Jansen, § 12 FGG Rz.85; Keidel/Kunze/Winkler, § 12 FGG Rz.70a; jeweils mit umfangreichen Nachweisen der Lit. u. Rspr.

323) vgl. Begr. zum RegE B V 4c u. zu § 60 RegE BT Drs.II/1158 Anl.1, S.30, 53

324) BGHZ 42, 109 = NJW 1964, S.2107 f.

Gesundheitsamt im Beschwerdeverfahren gegen eine von ihm beantragte Unterbringung ³²⁵⁾, die Industrie- und Handelskammer sowie die Handwerkskammern und Organe des land- und forstwirtschaftlichen Berufsstandes ³²⁶⁾, die gemäß § 126 FGG zur Mitwirkung bei Handelsregistereintragungen berechtigt sind und daher generell ein Antrags- und Beschwerderecht im Eintragungsverfahren haben.

Ansatzpunkt für die Annahme eines Anspruchs auf rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren war hier, ähnlich wie in der Entscheidung des BVerfG zum Umfang der Verfahrensrechte des Popularklägers ³²⁷⁾, jeweils die Tatsache, daß die Behörden bzw. Organe eines Berufsstandes, ohne von der Entscheidung in eigenen Rechten beeinträchtigt werden zu können, ein eigenes Antragsrecht auf Einleitung des vorangegangenen FGG-Verfahrens ³²⁸⁾ bzw. auf Änderung bereits erfolgter Eintragungen ³²⁹⁾ hatten, das jeweils ausgeübt worden war.

Jedenfalls in dieser Eigenschaft als Antragsteller - so der BGH ³³⁰⁾ - müsse der Behörde Kenntnis von der Einlegung der Beschwerde und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden, bevor eine die von

325) KG 28.10.1965, OLGZ 1966, S.120 f.

326) OLG Hamm 15.4.1964, JMBL NRW 1964, S.138; vgl. auch OLG Stuttg. 13.10.1965, WM 1966, S.24; rechtliches Gehör der Anmeldestelle im Verf. vor der Kammer für Wertpapierbereinigung

327) BVerfG 13, 132 ff.

328) § 65 Abs.1 JWG; 3 Abs.1 UntG

329) § 126 FGG

330) NJW 1964, S.2108, unter Bezugn. auf BVerfG 24.7.1957, NJW 1957, S.1395

ihr beantragte Maßnahme aufhebende Entscheidung des Beschwerdegerichts ergeht. Ein weiterer Gesichtspunkt für die Gewährung rechtlichen Gehörs war hier die Tatsache, daß die Entscheidung zu Ungunsten des Jugendamtes als Beschwerdegegner geändert werden sollte ³³¹⁾.

Demgegenüber hielt der BGH die Anhörung der Behörde, die ein FGG-Verfahren nicht durch ihren Antrag, sondern nur durch eine dem Vormundschaftsgericht gegebene Anregung in Gang gebracht hatte, im Beschwerdeverfahren für nicht erforderlich ³³²⁾.

d) Voraussetzungen für die Annahme einer parteiähnlichen Stellung

Dieser Überblick ergibt, daß das BVerfG wie auch die Obergerichte zur Beantwortung der Frage, ob eine formal gegebene Beteiligtenstellung parteiähnlich ist und damit einen Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör begründet, in erster Linie auf die Ausgestaltung der Rechtsstellung dieser Beteiligten durch den einfachen Gesetzgeber abstellen.

Besteht kraft Gesetzes Klagebefugnis ³³³⁾, dann soll derjenige, der in einem Gerichtsverfahren - wenn auch nicht zum Schutz subjektiver Rechte notwendig - eine parteiähnliche Rechtsstellung hat, zur Wahrnehmung seines ihm ausdrücklich eingeräumten Rechts Anspruch auf Kenntnis und die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Grundlagen der Entscheidung haben.

331) BGH aaO., S.2108

332) 21.5.1954, LM Nr.1 zu § 57 FGG

333) BVerfG 8, 184, 185; 12, 110, 112; 13, 132, 140; 14, 320, 323; 42, 172, 175

Dasselbe gilt, wenn - ebenfalls ohne Verletzung subjektiver Rechte - von einem dennoch kraft Gesetzes bestehenden Antragsrecht auf Einleitung eines FGG-Verfahrens Gebrauch gemacht wurde ³³⁴⁾.

Da dieses Antragsrecht - allerdings nur, wenn es auch tatsächlich wahrgenommen wird ³³⁵⁾ - eine parteiähnliche Rechtsposition verleiht, hat der Antragsteller auch in einem gegen die von ihm beantragten Entscheidung gerichteten Beschwerdeverfahren Anspruch auf rechtliches Gehör und Verfahrensbeteiligung.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird in diesen Fällen nicht gewährt, weil die Beeinträchtigung eigener Rechte der Beteiligten zu befürchten ist. Es geht vielmehr jeweils um die mögliche Beeinträchtigung einer dem Popularkläger ebenso wie den antragsberechtigten Behörden eingeräumten ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben im Dritt- bzw. Allgemeininteresse. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich damit aus der unmittelbaren Betroffenheit der Rechtsposition, die dem Inhaber der Klagebefugnis/ des Antragsrechts zur Wahrung der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit eingeräumt ist ³³⁶⁾, durch die gerichtliche Entscheidung.

334) BGH 14.7.1964, NJW 1964, S.2107; KG 28.10.1965, OLGZ 1966, S.120; OLG Hamm 15.4.1964, JMB1 NRW 1964, S.138

335) vgl. BGH aaO., Fn.332)

336) vgl. Zeuner, Rechtliches Gehör, S.18; zur Begrd. des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufgrd. rechtsschutzfähiger gesetzlicher Kompetenzen vgl. a. Arndt, NJW 1962, S.1194; zum rechtlichen Gehör der Funktionsträger im Strafprozeß vgl. Bohnert, JZ 1978, S.710; Kopp in Festg. BVerwG spricht von einer Beteiligung kraft Amtes im Gegensatz zur Beteiligung als Funktion des materiellen Rechts

Dementsprechend führt das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 28.10.1965³³⁷⁾ (zur Begründung des Anspruchs des Gesundheitsamtes auf rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren gegen die Anordnung der Unterbringung) aus, daß das Amt der durch Gesetz auferlegten Verantwortung (ob und wann ein Unterbringungsverfahren eingeleitet wird) nicht gerecht werden könne, wenn es von einem gegen die Unterbringung gerichteten Rechtsmittel, von neuen Tatsachen und Beweismitteln sowie von dem Ergebnis einer gerichtlichen Beweisaufnahme keine Kenntnis erhalte und nicht die Möglichkeit habe, dazu Stellung zu nehmen.

Ausschlaggebend für die Annahme einer parteiähnlichen Stellung ist neben der Klagebefugnis oder dem Antragsrecht die sonstige Ausgestaltung der Verfahrensstellung durch den Gesetzgeber³³⁸⁾.

e) Zwischenergebnis zu 3.

Die Ansicht des Kammergerichts³³⁹⁾, wonach die Verleihung der Beteiligtenstellung durch den einfachen Gesetzgeber in jedem Fall einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör unabhängig davon begründet, ob durch die Entscheidung Rechte verletzt oder rechtliche Interessen berührt werden können, wird von der vorstehend behandelten Rechtsprechung des BVerfG³⁴⁰⁾ und der Obergerichte³⁴¹⁾

337) OLGZ 1966, S.120 f.

338) vgl. BVerfG 13, S.132, 141

339) 13.11.1981, WuW/E OLG 2686, 2690

340) vgl. Fn.333)

341) vgl. Fn.334)

nicht bestätigt. Rechtliches Gehör ist danach nur denjenigen formell Beteiligten zu gewähren, die aufgrund der Verfahrensbestimmungen eine parteiähnliche Stellung haben, deren - kraft Gesetzes eingeräumte - Rechtsposition, wie das BVerfG sich ausdrückt ³⁴²⁾, derjenigen einer Partei gleichzuachten ist.

Eine solche parteiähnliche Stellung haben nach den Verfahrensbestimmungen des GWB nur diejenigen nicht notwendig Beigeladenen, die nach Beschwerde~~ee~~inlegung gemäß § 62 Abs.2 als Beschwerdeführer i.S.d. § 66 Abs.1 Ziff.1 am Beschwerdeverfahren beteiligt sind. Obwohl sie durch die Entscheidung nicht in ihren Rechten verletzt werden, noch in rechtlichen Interessen berührt werden können, erhalten sie, wie sich ausdrücklich aus § 71 Abs.1 ergibt, durch Beschwerde~~ee~~inlegung dieselbe Rechtsstellung, wie die in ihren Rechten unmittelbar beeinträchtigten Beschwerdeführer. § 62 Abs.2 eröffnet den wirtschaftlich am Ausgang des Verfahrens Interessierten damit eine objektive Verwaltungskontrolle ³⁴³⁾, ähnlich der Popularklagebefugnis gemäß Art.98 S.4 Bayer. Verfassung. Durch Einlegung der Beschwerde wird der Beigeladene zum Sachwalter aller potentiell wirtschaftlich Betroffenen im Interesse einer effektiven Kartellaufsicht ³⁴⁴⁾. Diese subjektiv rechtlich nicht betroffenen Beschwerdeführer haben wie die übrigen Hauptbeteiligten Anspruch auf rechtliches Gehör zur Wahrung der von ihnen auch vertretenen Interessen Dritter an der Aufhebung oder Änderung der kartellbehördlichen Verfügung.

342) 13, S.132, 142

343) vgl. dazu Scholz, WiR 1972, S.47 Fn.85)

344) vgl. K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.603 ff.

Nicht parteiähnlich i.S. der vorstehenden Rechtsprechung ist dagegen die Verfahrensstellung der einfachen Beigeladenen, die keine Beschwerde eingelegt haben, sondern gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 automatisch am Beschwerdeverfahren beteiligt sind. Ihre Verfahrensbeteiligung ist zunächst weder Folge der ihnen eingeräumten Beschwerdebefugnis gemäß § 62 Abs.2, noch Folge der Ausübung eines Antragsrechts im vorangegangenen Verwaltungsverfahren. Das bloße Bestehen dieses Antrags- oder Beschwerderechts nicht in eigenen Rechten Betroffener begründet jedoch für sich gesehen keine parteiähnliche Stellung ³⁴⁵⁾.

Auch die den Beigeladenen gemäß § 62 ff. verliehene Rechtsstellung macht es nicht erforderlich, sie den Hauptbeteiligten gleichzuachten ³⁴⁶⁾. Das GWB enthält zwar nur eine lückenhafte Regelung der Beteiligtenrechte. Gerade das im Amtsermittlungsverfahren zentrale Akteneinsichtsrecht, das anders als die sonst überwiegend durch Verweisung geregelten Verfahrensbestimmungen auf die spezifischen Probleme des Kartellbeschwerdeverfahrens zugeschnitten ist, steht diesen Beteiligten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu. Dieselbe Rechtsstellung wie den notwendig Beteiligten sollte den einfachen Beigeladenen nur für den Fall ihrer Beteiligung als Beschwerdeführer eingeräumt werden ³⁴⁷⁾.

Die Auffassung des Kammergerichts, daß die Rechtsposition des nicht aufgrund seines Beschwerderechts beteiligten Beigeladenen nicht vom Nachweis der

345) vgl. BGH 21.5.1954, LM Nr.1 zu § 57 FGG

346) vgl. BVerfG 32, S.130, 142

347) vgl. dazu oben, II.5, S.77

Rechtsverletzung abhängig sei³⁴⁸⁾, ist daher mit der ausdrücklich nach der Art der Beteiligung differenzierenden Regelung in § 71 nicht vereinbar.

Die Regelung in § 70 Abs.6, wonach der Beschluß des Beschwerdegerichts auch den gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 Beteiligten zuzustellen ist, spricht ebenfalls nicht für eine parteiähnliche Stellung dieser formell Beteiligten im Beschwerdeverfahren. Sie eröffnet ihnen lediglich die Möglichkeit, Rechtsbeschwerde einzulegen und damit im Rechtsbeschwerdeverfahren erstmals eine parteiähnliche Stellung zu erlangen.

4 Grundsatz des Vertrauensschutzes

Ein Anspruch der gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 Beteiligten auf umfassendes rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren folgt auch nicht aus dem vom Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatz des Vertrauensschutzes³⁴⁹⁾.

Das Kammergericht³⁵⁰⁾ geht insoweit von der Geltung des Vertrauensgrundsatzes zugunsten dieser Beteiligten aus, als es aus §§ 62 Abs.2, 70 Abs.1 S.2 den Schluß zieht, daß sie in jedem Fall, ohne durch die Entscheidung in ihren Rechten beeinträchtigt zu werden, ebenso wie die Hauptbeteiligten Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Dieses Recht könne nicht

348) KG 13.11.1981, WuW/E OLG 2686, 2690

349) vgl. dazu BVerfG 30, 392, 403; 43, 242, 286; 49, 168, 185

350) 13.11.1981, WuW/E OLG 2686, 2690

wieder vom Nachweis einer Rechtsverletzung abhängig gemacht werden.

Aus § 71 Abs.1 einerseits und Abs.3 andererseits ergibt sich jedoch ausdrücklich, daß das Recht auf Kenntnis und Stellungnahme zur Entscheidungsgrundlage der gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 Beteiligten, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden, von vornherein durch das Interesse der übrigen Verfahrensbeteiligten an der Geheimhaltung ihrer Geschäftsintra beschränkt ist ³⁵¹⁾, wenn sie nicht selbst als Beschwerdeführer am Verfahren beteiligt sind. Ein Vertrauen auf weitergehende Verfahrensrechte unabhängig von der rechtlichen Betroffenheit und ohne daß Beschwerde eingelegt wurde, kann daher für diese Beteiligten aufgrund der Verfahrensbestimmungen des GWB nicht entstehen.

5. Umfang der Rechtskraftwirkung

Den in ihren Interessen erheblich berührten Verfahrensbeteiligten braucht umfassendes rechtliches Gehör zur Entscheidungsgrundlage auch nicht wegen der Rechtskraftwirkung der Entscheidung des Beschwerdegerichts gewährt zu werden ³⁵²⁾.

Im Verwaltungsgerichtsverfahren bestimmt § 121 VwGO ausdrücklich, daß die Rechtskraft des Urteils alle Beteiligten, also auch die einfachen Beigeladenen, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden ³⁵³⁾, insoweit bindet, wie über den Streit-

351) vgl. oben, II.5, S.77

352) vgl. dazu Traumann, WRP 1983, S.195

353) zur einfachen Beiladung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vgl. oben, 2b, S.84

gegenstand entschieden worden ist. Der Hauptzweck der einfachen Beiladung im Verwaltungsgerichtsverfahren besteht sogar darin, diese Bindungswirkung im Interesse der Verfahrensökonomie herbeizuführen ³⁵⁴⁾. Da das Urteil im Rahmen dieser Bindungswirkung die Rechtsposition der einfachen Beigeladenen mittelbar beeinflusst, sonst wäre die Verfahrensbeteiligung gemäß § 65 VwGO im Gegensatz zum wesentlich weiteren § 51 Abs.2 Ziff.4 nicht zulässig gewesen ³⁵⁵⁾, darf es nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, zu denen sich auch die einfachen Beigeladenen äußern konnten (§ 108 Abs.2 VwGO). Insbesondere beschränkt § 100 VwGO im Gegensatz zu § 71 Abs.1 daher das (unbedingte) Akteneinsichtsrecht auch nicht auf die Hauptbeteiligten.

Demgegenüber ist die Beschränkung des rechtlichen Gehörs der einfachen Beigeladenen im Beschwerdeverfahren auch deshalb zulässig, weil das GWB eine dem § 121 VwGO entsprechende Rechtskrafterstreckung nicht enthält ³⁵⁶⁾.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann im übrigen unabhängig vom Umfang ihrer Bindungswirkung den Verfahrensbeteiligten gegenüber ³⁵⁷⁾ die Rechtsstellung der nur in ihren Interessen berührten Beigeladenen nicht beeinflussen. Die materielle Rechtsstellung dieser Verfahrensbeteiligten wird, wie dargelegt ³⁵⁸⁾, gerade dadurch gekennzeichnet, daß die gerichtliche Entscheidung nicht einmal rechtlich präjudizielle Wirkungen zu ihrem Vor- oder Nachteil entfalten kann, sondern nur ihre wirtschaftlichen Interessen berührt. Eine tatsäch-

354) Kopp, § 13 VwVfG Rz.24; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, §§ 22

355) vgl. dazu oben, 2b), S.85 , Fn.271)

356) ebenso Traumann, WRP 1983, S.195

357) K.Schmidt, BB 1981, S.760, spricht von der Bestandskraft der Verfügung "inter omnes"

358) vgl. oben, 2 c), S.86

lich präjudizielle Beispielwirkung auf andere, gleichgelagerte Fälle, in denen die Berührung rechtlicher Interessen des Beigeladenen denkbar wäre³⁵⁹⁾, begründet kein rechtliches, allenfalls ein wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung³⁶⁰⁾.

6. Einschränkung der Auslegung des § 70 Abs.1 S.2

Nach dem Wortlaut des § 70 Abs.1 S.2 haben alle Verfahrensbeteiligten im Beschwerdeverfahren Anspruch auf umfassendes rechtliches Gehör zur Entscheidungsgrundlage. Diesen Anspruch schränkt § 71 Abs.3 in bezug auf die nur wirtschaftlich betroffenen gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 automatisch Verfahrensbeteiligten ein, soweit ihrer Information über die Entscheidungsgrundlage berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten entgegenstehen³⁶¹⁾.

Gemäß § 70 Abs.1 S.2 sollte den Verfahrensbeteiligten kein weitergehender Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt werden, als ihnen gemäß Art.103 Abs.1 GG ohnehin zusteht. Noch unmittelbar vor der Verabschiedung dieser Bestimmung im Bundestag wurde nämlich die Streichung der damals in § 57 Abs.1 S.2 RegE enthaltenen Regelung angeregt³⁶²⁾, weil dieser Satz etwas enthalte, was allen Staatsbürgern in Art.103 GG garantiert sei und nicht der Eindruck erweckt werden solle, als sei diese Verfahrensbestimmung auslegungsfähig³⁶³⁾.

359) z.B. als in einem vergleichbaren Vertriebssystem gebundener

360) vgl. Kopp, § 13 VwVfG Rz.38

361) vgl. oben, II.5, S.77

362) vgl. Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, FDP, GB/BHE zur zweiten Beratung des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Umdruck 1272 in: Vhdlg d. Dt. BT., 2.Wahlperiode, 222. Sitzung, Stenograph. Berichte Bd.38, S.13228

363) so Abgeordneter Wittrock aaO., S.13166; zustimmend auch Abgeordneter Böhm, aaO., S.13173

Soweit der Anspruch der formell Beteiligten auf rechtliches Gehör nach dem Wortlaut des § 70 Abs.1 S.2 weitergeht als gemäß Art.103 Abs.1 GG geboten, ist es daher mit Sinn und Zweck dieser Regelung vereinbar, § 70 Abs.1 S.2 im Lichte des § 71 Abs.3 entgegen seinem Wortlaut einschränkend auszulegen³⁶⁴⁾. § 71 Abs.3 enthält eine den § 70 Abs.1 S.2 einschränkende Interessenbewertung für den Fall, daß dem Anspruch des nicht notwendig Beteiligten auf Kenntnis und Stellungnahme zur Entscheidungsgrundlage berechnigte Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten entgegenstehen³⁶⁵⁾.

7. Ergebnis

Bei Ablehnung der Akteneinsicht gegenüber lediglich wirtschaftlich betroffenen Verfahrensbeteiligten gemäß § 66 Abs.1 Ziff.3 zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten im Beschwerdeverfahren besteht kein Verwertungsverbot in bezug auf Tatsachen, die nicht zumindest auszugsweise vorgetragen wurden.

Dasselbe gilt im Verwaltungsverfahren vor der Kartellbehörde. Dort ist nach dem Wortlaut des § 53 Abs.1 ansich ebenfalls allen Beteiligten, also auch den gemäß § 51 Abs.2 Ziff.4 Beigeladenen, rechtliches Gehör im selben Umfang zu gewähren. Dieser Grundsatz wird jedoch durch die in § 71 Abs.3 enthaltende - mangels Regelung des Akteneinsichtsrechts in den §§ 51 ff. - analog heranzuziehende Interessenbewertung

364) ebenso Traumann, WRP 1983, S.195

365) vgl. oben, II.5, S.77; ähnlich KG 2.10.1981, WuW/E OLG 2603, 2604

im Ergebnis ebenso eingeschränkt wie im Beschwerdeverfahren. Ein weitergehender Anspruch der Beigeladenen auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren ergibt sich auch nicht aus der allgemeinen Regelung des rechtlichen Gehörs in §§ 28 Abs.1, 66 Abs.1 VwVfG. Diese Vorschriften gewähren, wie dargelegt ³⁶⁶⁾, lediglich den in rechtlichen Interessen berührten Beigeladenen Anspruch auf rechtliches Gehör.

366) vgl. oben, § 2 I.3b), S.39 ff.

§ 5 Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen

Bei der Beweisaufnahme über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen durch Augenscheins-, Urkunds-, Zeugen- oder Sachverständigenbeweis wiederholt sich der im Rahmen der Akteneinsicht aufgetretene Konflikt zwischen den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten oder Dritter, der damit korrespondierenden Geheimhaltungspflicht der Kartellbehörde (§ 71 Abs.2 S.2) und dem Recht der (übrigen) Beteiligten auf Teilnahme an der Beweisaufnahme und Stellungnahme zum Beweisergebnis. Nachfolgend wird untersucht, ob und auf welche Art und Weise eine Beweisaufnahme über solche Tatsachen dennoch möglich ist; ob es insbesondere zulässig ist, zur Lösung dieses Konflikts einen neutralen Beweismittler einzuschalten ³⁶⁷⁾ bzw. dann, wenn ohnehin ein Sachverständiger beauftragt wurde, die Anwesenheit der Beteiligten bei der Tatsachenermittlung auszuschließen.

I. Erforderlichkeit der Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen

1. Bestrittener Tatsachenvortrag der Beteiligten

Über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen ist im Beschwerdeverfahren Beweis zu erheben, wenn der auf Geschäftsgeheimnissen Beteiligter oder Dritter beruhende Tatsachenvortrag der Kartellbehörde oder der Tatsachenvortrag sonstiger Beteiligter bestritten wird, die zugrundeliegenden Tatsachen (einschließlich Auskünften Dritter gemäß § 46) wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen von

367) so Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.9, unter Bezugnahme auf KG 24.8.1978, WuW/E OLG S.2061 f. "Valium II"; dagegen ausdr. Wieckmann, WuW 1983, S.24

der Akteneinsicht auch der Hauptbeteiligten ausgeschlossen sind (§ 71 Abs.2 S.2) und auszugsweiser Vortrag nicht in Betracht kommt. Ferner ist im Rahmen der eigenen Ermittlungen des Beschwerdegerichts über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen Beweis zu erheben, wenn begründete Einwendungen gegen das Ergebnis eingeholter Auskünfte oder sonstiger tatsächlicher Feststellungen erhoben werden.

2. Darlegungs- und Beweislasttrotz Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen

a) Darlegungslast der Kartellbehörde

Das Beschwerdegericht ermittelt den Sachverhalt gemäß § 69 Abs.1 von Amts wegen (Untersuchungsgrundsatz), ohne grundsätzlich an Vorbringen und Beweisanträge der Verfahrensbeteiligten gebunden zu sein ³⁶⁸⁾. Die Aufklärungs- und Ermittlungspflicht geht allerdings nur so weit, wie der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Gestaltungsmöglichkeiten dazu Anlaß gibt ³⁶⁹⁾. Hat die Kartellbehörde ihrer allgemeinen und umfassenden Sachaufklärungspflicht gemäß § 54 Abs.1 ³⁷⁰⁾ nicht genügt, kann das Beschwerdegericht nicht anstelle der Kartellbehörde die erste Sachaufklärung durchführen, um einer Verfügung nachträg-

368) vgl. K.Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 69 Rz.1

369) BGH 27.2.1969, WuW/E 990, 993 "Filtertüten"; für den Verwaltungsprozeß vgl. ebenso BVerwG 20.2.1962, DÖV 1962, S.555

370) trotz der ungenauen Formulierung in § 54 Abs.1 "kann", h.M. vgl. nur KG 11.1.1974, WuW/E OLG 1443, 1445 ; K.Schmidt, aaO., Rz.3, 4 m.w.N.

lich die erforderliche Beweisgrundlage zu liefern³⁷¹⁾. Die Kartellbehörde hat damit trotz der Aufklärungspflicht des Gerichts bei Erlass von Mißbrauchs- und Untersagungsverfügungen nach Klärung aller rechtserheblichen Tatsachen vollen Beweis der Eingriffsvoraussetzungen zu erbringen³⁷²⁾. Auch dann, wenn ergänzende Ermittlungen des Gerichts nur deshalb nicht zum Nachweis der für den Bestand einer belastenden Verfügung erheblichen Tatsachen führen, weil die Kartellbehörde aus Geheimhaltungsgründen ihre Ermittlungsergebnisse nicht vorlegen kann, ist die Verfügung aufzuheben³⁷³⁾.

b) Materielle Beweislast der Beteiligten / Wirkung der Vermutungstatbestände

Im Antragsverfahren trägt regelmäßig der Antragsteller die materielle Beweislast³⁷⁴⁾, immer hat die Kartellbehörde jedoch unabhängig vom Verfahrensgegenstand auch die für die Betroffenen günstigen Umstände umfassend zu prüfen und ggf. unter Beweis zu stellen (z.B. solche, die gegen die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens i.S.d. § 24 Abs.1 sprechen³⁷⁵⁾). Die Ermittlungen der Kartellbehörde zugunsten verfahrensbeteiligter Unternehmen erhalten besonderes Gewicht durch die Marktbeherrschungsvermutungen der §§ 22 Abs.3, 23 a. Obwohl die Darlegungslast

371) KG 29.9.1972, aaO., S.1321, 1323 "Zahnbürsten"; KG 21.6.1979, aaO., S.2140, 2142 "Einbauküchen"; K.Schmidt, aaO.

372) vgl. KG 14.5.1974, aaO., S.1467, 1469 "BP"; K.Schmidt, aaO., § 54 Rz.12

373) vgl. K.Schmidt, aaO., § 69 Rz.4

374) vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 54 Rz.1; K.Schmidt, aaO., § 54 Rz.12

375) Leitsatz BGH 21.2.1978, WuW/E 1501; "KFZ-Kupplungen" = NJW 78, S.1320

der Kartellbehörde für den Erlaß von Mißbrauchs- und Untersagungsverfügungen grundsätzlich bestehen bleibt, treffen die Folgen einer Beweislosigkeit beim Tatbestandsmerkmal der Marktherrschaft das betroffene Unternehmen, wenn die Vermutung für das Bestehen eines marktbeherrschenden Oligopols trotz "Untersuchung aller wettbewerbsrelevanten Umstände im Sinne einer Gesamtüberprüfung" unwiderlegt geblieben ist ³⁷⁶⁾. Ferner braucht die Kartellbehörde im Rahmen des § 24 Abs.1 lediglich die Umstände darzutun und zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergibt ³⁷⁷⁾. Die verfahrensbeteiligten Unternehmen tragen die materielle Beweislast für die durch einen Zusammenschluß eintretenden Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen (§ 24 Abs.1 2.Halbsatz) ³⁷⁸⁾. Im Ergebnis sind daher vor allem die an Mißbrauchs- oder Fusionskontrollverfahren Beteiligten insbesondere auf die Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden bei Dritten gem. § 46 zur Widerlegung der Vermutungstatbestände und im Rahmen der Gegenbeweisklausel des § 24 Abs.1 2. Halbsatz angewiesen. Sie selbst können aufgrund der ihnen zugänglichen Informationen die erforderlichen Nachweise häufig nicht beibringen. Wird der auf solchen Ermittlungen beruhende Tatsachenvortrag der Kartellbehörde bestritten, ist sowohl die Akteneinsicht als auch eine Beweisaufnahme in Anwesenheit der Beteiligten ausgeschlossen, wenn berechnigte Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstehen. Die Verwertung der geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen ist dann ansich - u.U. zu Lasten der Betroffenen - nicht möglich.

376) BGH 2.12.1980, WuW/E 1749, 1754 "Klößner/Becorit" = NJW 1981, S.1786

377) K.Schmidt, aaO.

378) BGH 12.12.1978, aaO., 1533, 1539 = NJW 1979, S.918, 920; KG 23.3.1977, aaO., 1895, 1900 "Erdgas Schwaben"

c) Folge der Mitwirkungspflicht gemäß § 69 Abs.3

Legen die Beteiligten in ihren Händen befindliche Urkunden oder andere Beweismittel entgegen einer gerichtlichen Anordnung nicht vor, weil der Kenntnis der übrigen Beteiligten berechtigter Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen, kann gemäß § 69 Abs.3 ohne Berücksichtigung dieser nicht beigebrachten Beweismittel entschieden werden. Hier besteht ebenfalls ein Interesse der Beteiligten an einer Verfahrensweise, die die Erfüllung der Aufklärungspflicht unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen ermöglicht.

II. Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme

1. Geltung des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit

Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit³⁷⁹⁾, d.h. das Recht auf Anwesenheit bei der Beweisaufnahme, steht in enger Nachbarschaft zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs³⁸⁰⁾ und stellt damit eines der wichtigsten Beteiligten(Partei)rechte³⁸¹⁾ und gleichzeitig einen "Eckpfeiler" des Beweisaufnahmerechts dar³⁸²⁾.

379) vgl. §§ 357 ZPO, 97 VwGO, 83 FGO, 116 SGG

380) Kessler, Grundlage des Sachverständigengutachtens, S.118; Grunsky, Verfahrensrecht, § 42 I 1, S.438; OLG Köln, 16.10.1964, OLGZ 1965, S.134, 135

381) so ausdrücklich Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 357 ZPO Anm.1

382) so wörtlich aaO; vgl. auch Schumann/Leipold in Stein/Jonas, § 357 ZPO Anm.I 1

Da dieses Anwesenheitsrecht grundsätzlich auch in Verfahren mit fakultativer mündlicher Verhandlung und auch dann besteht, wenn die Beweisaufnahme von Amts wegen erfolgt ³⁸³⁾, ist die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme auch im Beschwerdeverfahren zu gewährleisten.

Eine Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftige Informationen Dritter durch Akteneinsicht oder Information vor Ort nur durch das Beschwerdegericht in Abwesenheit der Verfahrensbeteiligten im Rahmen des sog. Freibeweises ist unzulässig. Lediglich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann auch in bezug auf materiell entscheidungserhebliche Tatsachen Beweis ohne Berücksichtigung der Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit erhoben werden, wenn die Eigenart der staatlichen Rechtsfürsorgetätigkeit besondere Maßnahmen des Gerichts erfordert ³⁸⁴⁾. Anders als im Zivilprozeß und in anderen Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz fehlt hier die Vorarbeit durch Parteien oder Behörden ³⁸⁵⁾. Im Zivilprozeß wird der Freibeweis demgegenüber nach neuerer Ansicht nur noch im Prozeßkostenhilfeverfahren, zur Feststellung ausländischen Rechts und von Erfahrungssätzen für zulässig gehalten ³⁸⁶⁾.

383) Schumann/Leipold, aaO., Anm.I 4

384) so Baur, FS Schima, S.65

385) vgl. Baur, aaO., S.65, 66 unter Bezugnahme auf Jansen, Recht und Staat, 290/291 (1964), S.31 f.

386) vgl. Thomas/Putzo vor § 284 ZPO Anm.3c; Hartmann, aaO., vor § 284 ZPO Anm.3Ac; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, § 113 II 3 S.609; Schumann/Leipold, aaO., vor § 355 ZPO Anm.III 2; ganz ablehnend Grunsky, aaO., S.439; a.A. noch BGH 12.1.1951 = NJW 1951, S.441

Die Tätigkeit des Beschwerdegerichts unterscheidet sich trotz gewisser Ähnlichkeiten des Kartellverwaltungsverfahrens mit dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ³⁸⁷⁾ von der des erstinstanzlichen Gerichts im FGG-Verfahren bereits dadurch grundlegend, daß die Vorarbeit, d.h. die Ermittlungen, hier grundsätzlich von der Kartellbehörde erledigt werden. Das BKartA kann darüber hinaus jedenfalls nach Ansicht des KG auch noch während des Beschwerdeverfahrens aufgrund eines Auflagenbeschlusses ³⁸⁸⁾ und sogar ohne ausdrückliche Aufforderung des Gerichts ³⁸⁹⁾ zur Ergänzung der Ermittlungen gemäß § 46 Auskunftsbefehle gegen Beteiligte ³⁹⁰⁾ oder Dritte ³⁹¹⁾ erlassen. Die generelle Zulassung der Beweiserhebung ohne Bindung an die Grundsätze des Strengbeweises läßt sich daher weder durch fehlende Vorarbeit noch durch die Eigenart der Tätigkeit des Beschwerdegerichts rechtfertigen.

2. Auswirkungen des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit

a) Urkunds-/Augenscheinsbeweis

Soweit in bezug auf diese Tatsachen bereits die Akteneinsicht der Hauptbeteiligten wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter ausgeschlossen wurde, kommt im Falle des

387) vgl. dazu Hinze im GK vor §§ 62-75 Rz.7

388) vgl. KG 14.1.1981, Kart 13/80 "bituminöses Mischgut"

389) so KG 10.2.1982, WuW/E OLG 2767 "Rheinmetall/WMF"; dagegen v.Wallenberg, Anm. zu KG aaO., BB 1983, S.853 f.; differenzierend Autenrieth, AG 1983, S.184 f.

390) KG aaO., Fn.389)

391) KG aaO., Fn.388)

Bestreitens auch ein Urkunds-/Augenscheinsbeweis durch Vorlegung der Unterlagen (§ 420 ZPO) nicht in Betracht. Die Kartellbehörde ist analog § 71 Abs.2 S.2 zur Vorlage nicht berechtigt. Diese Spezialregelung schließt auch weitergehende allgemeine Vorlegungspflichten gemäß § 421 ff. ZPO aus.

Für die Beteiligten selbst kann sich eine Vorlegungspflicht gemäß § 423 ZPO bei Bezugnahme auf geheimhaltungsbedürftige Unterlagen ergeben. Diese Vorlegungspflicht besteht jedoch ebenso wie eine Vorlegungspflicht aus dem Gesichtspunkt der Mitwirkung gemäß § 69 Abs.3 bzw. aufgrund eines Auskunftsbeschlusses gemäß § 46 nur dem Gericht bzw. der Kartellbehörde gegenüber. Dabei stehen dem Anwesenheits- und Einsichtsrecht der übrigen Beteiligten aus dem prozessualen Grundsatz der Parteiöffentlichkeit die berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegen. Selbst wenn diesen einmal gleichzeitig ein materiell-rechtlicher Anspruch³⁹²⁾ auf Vorlage³⁹³⁾ oder Herausgabe³⁹⁴⁾ zustehen sollte, würde ein solcher Anspruch nicht gleichzeitig ein Recht auf Kenntnis von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen begründen³⁹⁵⁾.

392) Ein prozessualer Anspruch auf Auskunft und Vorlage entscheidungserheblicher Unterlagen gem. §§ 138 ZPO, 242 BGB im Falle der Beweisnot im Zivilprozeß soll nach Auffassung von Gottwald, BB 1979, S.1782, bestehen

393) z.B. §§ 809, 810 BGB; 116, 166, 338 HGB; 111 Abs.2 AktG u. wegen § 259 BGB alle Ansprüche auf Rechnungslegung

394) §§ 371, 402, 985, 1144 BGB; 836 Abs.3 ZPO

395) Zur Einschränkung materieller Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten vgl. Keller im MK, § 259 Rz.32; Gottwald, aaO.; Stürner, Aufklärungspflicht, S.208 ff. und unten, S.129 ff.

Dritte sind zwar der Kartellbehörde gegenüber gemäß § 46, nicht jedoch den Verfahrensbeteiligten oder dem Beschwerdegericht gegenüber zur Vorlage von Urkunden oder zur Gestattung der Einsichtnahme verpflichtet, wenn nicht ausnahmsweise gleichzeitig ein materiellrechtlicher Anspruch aller oder einzelner Beteiligter auf Kenntnis besteht.

b) Zeugenbeweis

Soll stattdessen etwa über den bestrittenen Inhalt schriftlicher Auskünfte der Beteiligten oder Dritter gemäß § 46 Zeugenbeweis durch Vernehmung von Mitarbeitern der betroffenen Unternehmen oder der Dritten erhoben werden, sind die auskunftgebenden Personen entsprechend §§ 390, 395 ZPO grundsätzlich zur wahrheitsgemäßen Aussage über das Beweisthema verpflichtet. Bezüglich geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen, z.B. Angaben zur Preiskalkulation, Umfang der Inanspruchnahme von Kredit etc., steht ihnen jedoch im Unterschied zur umfassenden Offenbarungspflicht gegenüber der Kartellbehörde (§ 46 Abs.5) entsprechend §§ 383 Abs.1 Ziff.6, 384 Ziff.3 ZPO ein weitergehendes Zeugnisverweigerungsrecht zu, soweit die Offenbarung beweiserheblicher Tatsachen gewerbliche oder wettbewerbliche Nachteile auslösen kann ³⁹⁶⁾. Das Beschwerdegericht hat daraufhin die Möglichkeit, gemäß § 387 ZPO über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung zu entscheiden. Es kann eventuell von der Entscheidung der Kartellbehörde gemäß § 71 Abs.2 S.2 abweichend im Einzelfall das Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts ablehnen, wenn aus seiner Sicht die

396) vgl. Hartmann aaO., § 384 Anm.4; Stephan in Zöllner, § 384 ZPO Anm.II 3

Gefahr wettbewerblicher Nachteile nicht besteht. Begründet die Offenbarung jedoch die konkrete Gefahr solcher Nachteile, so bleibt es beim Zeugnisverweigerungsrecht.

c) Parteivernehmung

Auch bei der Parteivernehmung von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern der betroffenen Unternehmen über den bestrittenen Inhalt schriftlicher Auskünfte stellt das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen nach überwiegender Meinung einen berechtigten Aussageverweigerungsgrund dar ³⁹⁷⁾.

d) Sachverständigenbeweis

Soweit das Gericht im Rahmen der Beweiserhebung über den Inhalt bestrittener Auskünfte Beteiligter oder Dritter bzw. sonstigen Tatsachenvortrag der Beteiligten zur Feststellung der zugrundeliegenden Tatsachen und Überprüfung der sich hieraus ergebenden Schlußfolgerungen seiner Sachkunde wegen einen Sachverständigen beauftragt, haben die Beteiligten gemäß § 357 ZPO an sich ein prozessuales Recht auf Anwesenheit bei der Tatsachenermittlung ³⁹⁸⁾, weil der Sachverständige dabei selbst einen Augenscheins- oder Urkundenbeweis erhebt, der der Parteiöffentlichkeit

397) so Hartmann, aaO, § 446 ZPO Anm.2;
 Thomas/Putzo, § 446 ZPO;
 Grunsky in Stein/Jonas, § 533 ZPO Anm.I 3;
 differenzierend: Schumann/Leipold in Stein/
 Jonas, § 446 ZPO Anm.II; Peters, ZZP 82, S.223

398) vgl. Hartmann, aaO., vor § 402 ZPO Anm.4;
 Thomas/Putzo vor § 402 ZPO Anm.3c

unterliegt³⁹⁹⁾. Stehen diesem Anwesenheitsrecht berechnigte Geheimhaltungsinteressen Beteiligten oder Dritter entgegen, kommt daher grundsätzlich auch eine Beweiserhebung durch Sachverständigenbeweis nicht in Betracht, weil die Tatsachengrundlage eines dennoch erstellten Gutachtens wegen Verletzung der Parteiöffentlichkeit und des rechtlichen Gehörs nicht verwertet werden dürfte⁴⁰⁰⁾.

e) Ergebnis:

Die berechtigten Geheimhaltungsinteressen Beteiligten und Dritter sind auch im Rahmen der Beweisaufnahme dem Anwesenheitsrecht der (anderen) Beteiligten gegenüber geschützt. Die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme schafft damit kein dem materiellen Recht widersprechendes eigenständiges prozessuales Recht auf Kenntnis bestimmter Tatsachen⁴⁰¹⁾. Gleichzeitig führt das Recht der Beteiligten auf Anwesenheit jedoch dazu, daß die Beweisaufnahme über geheimhaltungsbedürftige Grundlagen streitigen Tatsachenvortrags ansich rechtlich unzulässig⁴⁰²⁾ und demzufolge die Verwertung dieses Vortrags grundsätzlich ausgeschlossen ist. Stehen jeweils andere Beweismittel nicht zur Verfügung, ergibt sich folgendes:

399) vgl. OLG Düss 17.10.1978, MDR 1979, S.409; BAG 28.3.1963, AP Nr.1 zu § 402 ZPO, Bl.102 mit Anm. Pohler; 19.4.1966, AP Nr.2 zu § 402 ZPO, Bl.913 mit Anm. Diederichsen; RG 28.6.1927, JW 1927, S.2416, 2417

400) vgl. BAG aaO.

401) so auch Diederichsen, Anm. zu BAG AP Nr.2 zu § 402 ZPO Bl.915; ebenso schon Pohle, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu §. 402 ZPO Bl.104

402) so Diederichsen, aaO.; Pohle, aaO., bezeichnet das als "rechtliche Unmöglichkeit" der Augenscheinseinnahme, der er die tatsächliche Unmöglichkeit - etwa bei Besichtigung eines Wracks auf dem Meeresgrund - gleichstellt

Handelt es sich um neuen streitigen Tatsachenvortrag der Beteiligten im Verfahren gegen eine sie belastende Verfügung - etwa zur Widerlegung der Vermutungstatbestände ⁴⁰³⁾ - bzw. im Antragsverfahren, stehen sie vor der Wahl, ihre Geschäftsgeheimnisse trotz der daraus folgenden Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit offenzulegen oder zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen auf effektive Verteidigung bzw. Erlangung einer günstigeren Rechtsposition zu verzichten.

Handelt es sich um die Beschwerdeführer belastenden streitigen Tatsachenvortrag der Kartellbehörde, dem geheimhaltungsbedürftige Auskünfte bzw. Unterlagen Beteiligter oder Dritter zugrunde liegen und reichen die sonstigen Ermittlungen einschließlich ergänzender Ermittlungen des Beschwerdegerichts ⁴⁰⁴⁾ zur Aufklärung der entscheidungserheblichen Tatsachen nicht aus, ist die Verfügung aufzuheben. Es ergeht damit u.U. eine materiell falsche Entscheidung mit - gerade im Rahmen der Fusionskontrolle - dennoch weitreichenden wirtschaftlichen Folgen.

Nichts anderes gilt in bezug auf geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, die die Kartellbehörde zugunsten der Betroffenen bei Beteiligten oder Dritten ermittelt hat, die jedoch von den (anderen) Beteiligten bestritten werden. Hier belastet die Unmöglichkeit weiterer Sachverhaltsaufklärung ebenfalls in erster Linie die Beschwerdeführer.

403) vgl. oben, I.2 b), S.113, Fn.375)

404) vgl. oben, I.2 a), S.112

3. Unerreichbarkeit des unmittelbaren Beweismittels

Da die Beweisaufnahme in § 72 Ziff.2 nur summarisch unter Verweis auf die Vorschriften der ZPO geregelt ist, fehlt - anders als bei der Akteneinsicht, wo § 71 Abs.3 zumindest eine generelle Lösung des Konflikts zwischen berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten und den Verfahrensrechten der Beigeladenen ermöglicht ⁴⁰⁵⁾ - eine Regelung für den Fall der Unerreichbarkeit des unmittelbaren Beweismittels wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter. Die ZPO enthält dafür ebenfalls keine ausdrückliche Regelung:

Gemäß § 174 Abs.3 GVG könnte das Gericht bei Ausschluß der Öffentlichkeit zum Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen die Beteiligten zwar zur Geheimhaltung verpflichten. Auch die weiter bestehende Gefahr zukünftiger Rechtsverletzungen infolge Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen ließe sich dabei - einer Entscheidung des Reichsgerichts folgend - durch Anordnung einer Sicherheitsleistung seitens der mit dem Aufklärungsrisiko belasteten Partei mildern ⁴⁰⁶⁾. Dennoch bliebe es den Parteien unzumutbar, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gemäß § 69 Abs.3 Geschäftsgeheimnisse bei der Beweisaufnahme u.U. direkt vor ihren Konkurrenten auszubreiten, da sich die mißbräuchliche Ausnutzung so erlangten Wissens mit diesem Verfahren tatsächlich nicht verhindern läßt. Hinzu kommt, daß der Mißbrauch von Geschäftsgeheimnissen i.d.R. schwer beweisbar ist und potentielle Verletzer daher im Ergebnis Schadenersatzleistungen ⁴⁰⁷⁾ und/oder den Verfall der Sicherheitsleistung doch nicht zu befürchten hätten.

405) vgl. dazu oben, § 4 II.5, S. 77

406) so RGZ 69, S. 401, 405 f., gestützt auf § 811 Abs.2 BGB

407) dazu BAG 25.6.1964, AP Nr.3 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; angedeutet auch bei RG Seuff. Arch. 89 (1934) Nr.25

Die Kartellbehörde wäre infolge der gemäß §§ 30 VwVfG, 71 Abs.2 S.2 bestehenden Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Falle einer Geheimhaltungsanordnung durch das Gericht zur Vorlegung geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen Beteiligter oder Dritter ohnehin nicht berechtigt.

Trotz der weitreichenden Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörde gemäß § 46 und deren Darlegungslast sowie der weitgehenden Mitwirkungspflicht der Beteiligten fehlt daher eine Regelung, die es ermöglicht, über die Tatsachengrundlage der behördlichen Ermittlungen bzw. den neuen Tatsachenvortrag der Beteiligten Beweis zu erheben, wenn der Anwesenheit der (übrigen) Beteiligten berechnigte Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter entgegenstehen.

III. Einschaltung eines Beweismittlers bzw. Ausschluß der Beteiligten von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen

1. Lösungsansatz für das Kartellverwaltungsverfahren

Das KG beauftragte im Beschwerdeverfahren gegen eine Mißbrauchsverfügung des BKartA zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises einen Sachverständigen mit der Errechnung von Durchschnittsverkaufspreisen aus den real von einer ausländischen, nicht beteiligten Herstellerfirma erzielten Marktpreisen⁴⁰⁸⁾. Zu den gegen dieses Vorgehen erhobenen Verfahrensrügen hat der BGH bisher nicht Stellung genommen,

408) vgl. Beschluß v. 24.8.1978, WuW/E OLG 2061, 2062 "Valium"; zustimmend Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.9

da die Entscheidung des KG aus anderen Gründen aufgehoben wurde ⁴⁰⁹⁾.

Auch Langen/Niederleithinger/Schmidt hielten es schon vorher, zumindest bei Zustimmung des Beschwerdeführers und -gegners, für zulässig, zur Beweisaufnahme z.B. eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zwischenzuschalten, wenn beteiligte Unternehmen oder Dritte besonders wichtige Geschäftsgeheimnisse nicht einmal dem Gericht (zum auszugsweisen Vortrag) zur Verfügung stellen ⁴¹⁰⁾.

Wieckmann wendet gegen diese Vorgehensweise insbesondere ein, daß die Parteien mangels Einsicht in die Grundlagen der Begutachtung keine Möglichkeit hätten, die Angaben des Sachverständigen auf ihre Schlüssigkeit und Richtigkeit zu überprüfen.

Letztlich werde hier dem Sachverständigen die Entscheidung des Verfahrens überlassen ⁴¹¹⁾.

Im übrigen wird auf dieses Verfahren in der kartellrechtlichen (Kommentar)Literatur nicht eingegangen.

2. Beschränkung prozessualer Rechte der Beteiligten

Soweit zur Beweisaufnahme über die geheimhaltungsbedürftige Grundlage bestrittenen Tatsachenvortrags mangels ausreichender Sachkunde des Gerichts bzw. wegen des Umfangs der Ermittlungen im Unternehmen Beteiligter oder Dritter ohnehin ein Sachverständiger hätte eingeschaltet werden müssen, wird durch die vom KG für zulässig gehaltene Verfahrensweise das Anwesenheitsrecht der Beteiligten bei der Tatsachenermittlung und damit der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme eingeschränkt. Erfolgt

409) vgl. BGH 12.2.1980, WuW/E 1678 ff "Valium II" = NJW 1980, S.1164 ff.

410) 5.Aufl., § 71 Rz.5; 6.Aufl., § 71 Rz.9

411) WuW 1983, S.24

die Einschaltung z.B. eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers zur Einsicht in geheimhaltungsbedürftige Unterlagen lediglich deshalb, weil die Beteiligten oder Dritte zur Vorlage beweiserheblicher Urkunden bzw. zur Gestattung der Einsicht in ihre Geschäftsunterlagen nicht verpflichtet oder nicht berechtigt sind ⁴¹²⁾, ist darüber hinaus der Unmittelbarkeitsgrundsatz berührt ⁴¹³⁾. Ferner stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, die Entscheidung damit gleichzeitig auf ein weniger sachnahes Beweismittel zu stützen ⁴¹⁴⁾. Gleichzeitig wird in beiden Fällen - worauf auch Wieckmann zu Recht hinweist ⁴¹⁵⁾ - das Recht der Beteiligten auf Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 70 Abs.1 S.2) und damit das rechtliche Gehör durch Ausschluß des Einsichtsrechts in die Grundlagen der Begutachtung eingeschränkt.

3. Lösung des Konflikts zwischen Geheimhaltungsinteresse, Parteiöffentlichkeit und sachrichtiger Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur zu anderen Verfahrensordnungen

a) Lösungsansätze übertragbar

Die im Zivilprozeß für die Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftigen Tatsachenvortrag der Parteien entwickelten Lösungsansätze sind schon wegen der ausdrücklichen Verweisung auf die Beweisaufnahmevorschriften der ZPO in § 72 zu berücksichtigen.

412) vgl. oben, II.2 a, S.117 ff.

413) vgl. §§ 355 Abs.1 ZPO; 96 Abs.1 VwGO; 81 Abs.1 FGO; 118 SGG

414) allg. zum Grundsatz des sachnächsten Beweismittels vgl. Kern/Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 A II, S.259; K.Peters, Strafprozeß, § 39, S.296 ff.

415) aaO., Fn.411; vgl. ebenso BAG 28.3.1963, AP Nr.1 zu § 402 ZPO

Darüber hinaus lassen sich jedoch auch Lösungsansätze aus anderen Verwaltungsverfahrensordnungen (VwGO, FGO, SGG) sowie aus dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die Beweisaufnahme im Kartellverwaltungsprozeß übertragen. Einmal gelten in diesen Verfahren ebenfalls die Vorschriften der ZPO über die Beweisaufnahme entsprechend ⁴¹⁶⁾. Ferner sind die Grundsätze der Parteiöffentlichkeit ⁴¹⁷⁾ und Unmittelbarkeit ⁴¹⁸⁾ der Beweisaufnahme dort ausdrücklich geregelt. Wie im Kartellverwaltungsverfahren ergibt sich daher ein Interessenkonflikt daraus, daß die beteiligten Fachbehörden bzw. das Gericht im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zwar zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung auch gegenüber nicht verfahrensbeteiligten Dritten ermitteln können ⁴¹⁹⁾, jedoch gleichzeitig zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Auskunftspersonen den (übrigen) Verfahrensbeteiligten gegenüber verpflichtet sind ⁴²⁰⁾.

Im übrigen sind die Verfahrenszwecke dieser Verfahren einschließlich des Kartellverwaltungsverfahrens untereinander und auch mit dem Zweck des Zivilprozesses insofern identisch, als sie es natürlichen oder juristischen Personen ermöglichen, ihre Rechtsstellung den beteiligten Verwaltungsbehörden, d.h. dem Staat gegenüber, ebenso zu verteidigen, wie die Parteien des Zivilprozesses

416) vgl. §§ 98 VwGO; 82 FGO; 118 SGG; 15 Abs.1 FGG

417) vgl. §§ 97 VwGO; 83 FGO; 116 SGG

418) vgl. §§ 96 Abs.1 VwGO; 81 Abs.1 FGO; 118 SGG

419) vgl. § 26 Abs.1 Ziff.1 VwVfG; dazu Kopp, § 26 VwVfG Rz.8 f.; §§ 92-107 AO; 60-67 SGB X; 12 FGG; noch weitergehende Ermittlungsbefugnisse gewähren allerdings §§ 46, 54 Abs.1 der Kartellbehörde

420) §§ 30 VwVfG; 30 AO; 35 SGB allg. Teil

vor dem Zivilgericht ihre jeweils entgegengesetzten Rechtspositionen, allerdings auf gleichrangiger Ebene, durchzusetzen versuchen ⁴²¹⁾. Auch die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilverfahren einerseits und des Untersuchungsgrundsatzes in den übrigen Verfahrensordnungen ⁴²²⁾ spielt für die Vergleichbarkeit des Verfahrenszwecks und der Interessenlage keine Rolle. Diese Grundsätze regeln lediglich, wer dafür Sorge zu tragen hat, daß alles entscheidungserhebliche Material in den Prozeß eingeführt wird, nicht jedoch die Frage, auf welche Art und Weise dieses Material zum Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung wird ⁴²³⁾.

Kriterien, die nach Rechtsprechung und Literatur zu anderen Verfahrensordnungen die Zulässigkeit der Beweiserhebung über geheimhaltungsbedürftigen Tatsachenvortrag unter Einschränkung der Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit ermöglichen, lassen sich daher zur Beurteilung der Zulässigkeit der Beweisaufnahme im Kartellverwaltungsprozeß grundsätzlich heranziehen. Dies gilt nicht, wenn im Einzelfall mit dem System der Verfahrensregeln des Beschwerdeverfahrens nicht zu vereinbarende Besonderheiten in diesen anderen Verfahrensordnungen die Vergleichbarkeit der Interessenlage ausschließen.

421) vgl. Grunsky, Verfahrensrecht, § 1 S.8 u. 15

422) vgl. §§ 86 Abs.1 VwGO; 76 Abs.1 FGO; 103 SGG; 12 FGG

423) vgl. Grunsky, aaO., § 18 I, S.163

b) Lösungsansätze im einzelnen

(1) Zivilprozeß

Schon das Reichsgericht ⁴²⁴⁾ und ihm folgend der Bundesgerichtshof ⁴²⁵⁾ haben dem Rechnungslegungspflichtigen in Patentverletzere streitigkeiten, wenn es für ihn im Einzelfall aus wettbewerblichen Gründen unzumutbar war, dem Rechnungslegungsberechtigten selbst bestimmte Angaben zu machen, unter Abwägung der Interessen beider Parteien die Möglichkeit gewährt, etwa die Namen und Anschriften seiner Kunden statt dem Gläubiger einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer mitzuteilen, sofern dieser zur Auskunft darüber ermächtigt war, ob eine bestimmte Lieferung oder ein bestimmter Abnehmer in der Rechnung enthalten ist. Den Wirtschaftsprüfer durfte in sinngemäßer Anwendung des § 87 c Abs.4 HGB der Anspruchsberechtigte aussuchen. Dieser behalte, so der BGH ⁴²⁶⁾, eine genügende Nachprüfungsmöglichkeit, ohne daß der Schuldner zur vollständigen Aufdeckung seiner Kundenbeziehungen gezwungen sei.

Gleichermaßen begrenzt ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 87 c Abs.4 HGB der Umfang der Auskunftspflicht des Unternehmers dem ausgeschiedenen Handelsvertreter gegenüber.

424) vgl. etwa RG 9.12.1941, GRUR 1942, S.207, 209 "Seifenherstellung"; RG 28.9.1934, Seuff. Arch 89 (1934) Nr.25

425) vgl. BGH 23.2.1962, GRUR 1962, S.354, 357 f. m.Anm. Friedrichs; 13.2.1976, GRUR 1978, S.52 f. "Fernschreibverzeichnisse"; vgl. ebenso zum Besichtigungsanspruch gem. § 809 BGB in Patentsachen, OLG Düss 8.4.1982, DB 1982, S.2030 f.; eingehend zu diesem Verfahren Stürner, Aufklärungspflicht, S.211 f.

426) 23.2.1962, aaO., S.357

Auch der ausgeschiedene Gesellschafter einer Personengesellschaft, der nunmehr in einem Wettbewerbsverhältnis zur Gesellschaft steht, kann von seinem Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher gemäß §§ 118, 166 HGB, 716 BGB nur unter Einschaltung eines Sachverständigen Gebrauch machen ⁴²⁷⁾. Dasselbe gilt für den Auskunftsanspruch des GmbH-Gesellschafters gemäß § 51 a GmbHG, wenn eine Einschränkung des Einsichtsrechts nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles notwendig ist ⁴²⁸⁾.

Insgesamt wird darüber hinaus der Umfang sonstiger Auskunfts- und/oder Rechnungslegungspflichten ⁴²⁹⁾ unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten je nach den Umständen des Einzelfalles bestimmt ⁴³⁰⁾. Das gilt auch für die direkt aus § 242 BGB abgeleitete Rechnungslegungspflicht aller, die fremde Angelegenheiten besorgen ⁴³¹⁾. Mit Rücksicht auf die Wettbewerbslage kann der zur Rechnungslegung Verpflichtete u.U. verlangen, bestimmte Angaben lediglich gegenüber einer Vertrauensperson zu machen, sofern er die Nachprüfbarkeit seiner Rechnungslegung durch diese Vertrauensperson sicherstellt und deren Kosten trägt ⁴³²⁾.

427) vgl. BGHZ 10, S.385, 387; BGH 15.12.1969, BB 1970, S.187; vgl. auch RGZ 103, S.71, 73

428) vgl. K.Schmidt in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Bd.40, S.102, unter Bezugnahme auf BGH BB 1970, S.187

429) vgl. z.B. §§ 666, 675, 681, 687 Abs.2, 713, 1698, 1890, 2213 Abs.2, 2218 BGB

430) vgl. zuletzt BGH 23.11.1981, NJW 1982, S.573, 574

431) vgl. dazu Palandt/Heinrichs, §§ 259, 260, 261 BGB Anm.3 b m.w.N.

432) so Keller im MK, § 259 Rz.32

Diese Verfahrensweise wirft in den vorstehenden Fällen scheinbar keine prozessualen Probleme im Hinblick auf den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit auf. Die auskunftsberechtignte Partei hat die Einschaltung einer neutralen Vertrauensperson insoweit hinzunehmen, wie ihr materieller Anspruch bzw. Hilfsanspruch⁴³³⁾ auf Auskunft und Rechnungslegung durch die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gegenpartei gemäß § 242 BGB von vornherein begrenzt ist. Daß eine solche Auskunft, wenn sie im Rahmen eines Gerichtsverfahrens erteilt wird, an die Stelle eines vom Gericht zu erhebenden Augenscheins-/Urkundsbeweises treten kann, bei dem die Parteien ansich ein Recht auf Anwesenheit und Einsicht in die entscheidungserheblichen Unterlagen hätten⁴³⁴⁾, wird nicht gesehen. Im Ergebnis schränkt die Rechtsprechung hier jedoch nicht nur den materiellen Auskunftsanspruch, sondern gleichzeitig und indirekt auch den prozessualen Grundsatz der Parteiöffentlichkeit aus materiellrechtlichen Gründen ein.

Eine direkte ausdrückliche Einschränkung prozessualer Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben wegen materiell berechtigter Geheimhaltungsinteressen wird demgegenüber im Rahmen der prozessualen Aufklärungspflicht vor-

433) zum materiellen Hilfsanspruch auf Auskunft und Rechnungslegung, der z.B. im Patentverletzerprozeß neben dem Schadenersatzanspruch besteht, vgl. Palandt/Heinrichs, § 687 BGB Anm.2c m.w.N.; BGH 18.2.1977, GRUR 1977, S.539 ff. "Prozeßbrechner"

434) vgl. oben, III.2., S.125.

genommen. Nach einer neueren Auffassung in der Literatur ergibt sich eine solche der Aufklärungspflicht gemäß § 69 Abs.3 vergleichbare prozessuale Aufklärungspflicht, unabhängig vom Bestehen materieller Auskunftsansprüche gemäß §§ 809, 810, 242 BGB auch direkt aus §§ 138 ZPO, 242 BGB ⁴³⁵⁾. Sie besteht etwa auf plausible Behauptungen des beweispflichtigen Klägers hin, wenn diesem seine Unkenntnis über entscheidungserhebliche Geschäftsinterna des Gegners nicht vorwerfbar ist, der Beklagte zur Aufklärung in der Lage und diese zur Sachaufklärung insgesamt notwendig und zumutbar ist ⁴³⁶⁾. Diese erweiterte Aufklärungspflicht umfaßt grundsätzlich auch die Verpflichtung, vorhandene Beweismittel zur Verfügung zu stellen und die Einsicht in diese zu dulden ⁴³⁷⁾. Die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen durch die ansich nicht beweisbelastete Partei wird im Rahmen dieser Aufklärungspflicht, z.B. in Wettbewerbsstreitigkeiten, zwar grundsätzlich für zumutbar gehalten ⁴³⁸⁾, Geheimhaltungs- und Informationsinteresse sind jedoch im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Das Geheimhaltungsinteresse hat in Anlehnung an die Recht-

435) vgl. Gottwald, BB 1979, S.1782; Stürner, Aufklärungspflicht, S.56 ff., 92 ff., 135, 378; E.Peters, Ausforschungsbeweis, S.103 ff.: ders., ZJP 82, S.222; ablehnend Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, S.239

436) so Gottwald, aaO., unter Bezugnahme auf Henckel, ZJP 92, S.106

437) vgl. Gottwald, aaO., S.1783, unter Bezugnahme auf Peters, ZJP 82, S.208 ff.; Stürner, aaO., S.138 ff., 144 ff.

438) vgl. Gottwald, aaO., Stürner, aaO., Fn.435)

sprechung zum Umfang materieller Ansprüche auf Auskunft- und Rechnungslegung nur insoweit zurückzutreten, als das Informationsinteresse zum Zwecke der Rechtsverfolgung anders nicht befriedigt werden kann. Insgesamt ergibt sich daraus eine eingeschränkte, "gestufte" Informations- und Aufklärungspflicht, deren Umfang methodisch im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung durch Güterabwägung im Einzelfall zu bestimmen ist ⁴³⁹⁾. Die Ausübung prozessualer Rechte wird auf diese Weise direkt unter Berücksichtigung materieller Wertungsprinzipien geordnet ⁴⁴⁰⁾.

(2) Verwaltungsgerichtsverfahren

Zum Konflikt zwischen Geheimhaltungsinteresse, Parteiöffentlichkeit und vollständiger Sachaufklärung kann es hier insbesondere im Rahmen von Konkurrentenklagen ⁴⁴¹⁾ oder in Verfahren nach dem BImSchG ⁴⁴²⁾ kommen, da an diesen Verfahren häufig mehrere Wettbewerber beteiligt sind, die im vorangegangenen Verwaltungsverfahren zur Anspruchs begründung bzw. zu ihrer Verteidigung auch Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse offengelegt haben. Auch hier gilt der Grundsatz, daß die Verfahrensbeteiligten entsprechend § 429 ZPO ein Recht auf Kenntnis von Tatsachen nur haben,

439) vgl. Gottwald, aaO., unter Bezugnahme auf Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl. 1979, S. 392 ff.

440) vgl. dazu Henckel, Prozeßrecht, S. 409

441) vgl. z.B. den Sachverhalt der Entscheidung BVerwG 30.8.1968, NJW 1969, S. 522

442) vgl. dazu Rebentisch, NJW 1980, S. 100

wenn nach bürgerlichem Recht ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Auskunft oder Vorlage von Urkunden besteht ⁴⁴³⁾. Ebenso wie die Amtspflicht der Behörde zur Aktenvorlage gemäß § 99 Abs.1 VwGO mit dem daraus folgenden Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten nach § 100 Abs.1 VwGO kein "Aushorhungsrecht" mit dem Ergebnis schaffen darf, daß im Prozeß wegen des Grundsatzes der Akteneinsicht ein materiell an sich versagtes Recht auf Kenntnis solcher Tatsachen "erschlichen" wird ⁴⁴⁴⁾, dürfen daher die prozessualen Rechte der Beteiligten bei der Beweisaufnahme zur Verletzung berechtigter Geheimhaltungsinteressen führen. Das Bundesverwaltungsgericht hat lediglich in bezug auf die ihrem Wesen nach geheimen Personalakten Dritter trotz deren berechtigter Geheimhaltungsinteressen eine Vorlageverpflichtung der Behörde angenommen, wenn das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung im Einzelfall dem schutzwürdigen Interesse des Dritten vorgehe ⁴⁴⁵⁾. Dabei ließ sich das Gericht von folgender Überlegung leiten: Die mit einer Bewerbung verbundene Offenbarungsbereitschaft persönlicher und dienstlicher Verhältnisse der Behörde gegenüber lasse es zulässig erscheinen, jeweils einen Bewerber - wenn ihm ein Recht auf Akteneinsicht in seine Personalakte zustehe - von Vorgängen, die einen anderen Bewerber betreffen, insoweit in Kenntnis zu setzen, als die beide oder alle Bewerber be-

443) vgl. Redeker/v.Oertzen, § 98 Rz.12

444) so Maetzel, DVBl 1966, S.669

445) BVerwG 35, S.225, 229; 39, S.89, 94; vgl. dazu auch BVerwG 19, S.179, 186

treffenden Vorgänge eine im Falle der Trennung unverständlich werdende Einheit bilden ⁴⁴⁶⁾.

Im übrigen gilt folgendes: Ist die Akten-einsicht wegen berechtigter Geheimhaltungs-interessen ausgeschlossen und kommt auch ein Urkunds- und/oder Augenscheinsbeweis nicht in Betracht, kann Beweis durch eine amtliche Auskunft, durch behördliche Beantwortung einer vom Gericht gestellten Frage geführt werden ⁴⁴⁷⁾. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kann eine solche amtliche Auskunft auch die Vernehmung von Amtspersonen als Zeugen und die Anhörung eines Sachverständigen ersetzen ⁴⁴⁸⁾, es sei denn, eine Befassung der Behörde oder des Beamten mit der Streitsache ist - wie im Verwaltungsprozeß häufig - nicht auszuschließen ⁴⁴⁹⁾. Soweit die Auskunft die Erstattung eines Sachverständigengutachtens ersetzen soll, ist diese bei einem bestimmten Beamten einzuholen, damit die Verfahrensbeteiligten diesen auf Antrag in der mündlichen Verhandlung befragen können ⁴⁵⁰⁾. Darüber hinaus enthält § 96 Abs.1 VwGO nach allgemeinem Verständnis nur eine beispielhafte Aufzählung der zulässigen

446) BVerwG 49, S.95

447) so Maetzel, aaO., S 670 unter Bezugnahme auf BVerwG 29.1.1960, DÖV 1960, S.386; 6.6.1958, DÖV 1958, S.795; vgl. auch BVerwG 35, S.225, 229 sowie den Wortlaut des § 99 VwGO

448) BVerwG DÖV 1960, S.386

449) vgl. Redeker/v.Oertzen, § 98 VwGO Rz.17

450) vgl. Redeker/v.Oertzen, aaO., Rz.18; Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S.486 ff.

Beweismittel und erlaubt daher, daß sich die Gerichte sonstiger geeigneter Erkenntnis-mittel bedienen ⁴⁵¹⁾. Diese müssen jedoch über einen ausreichenden Beweiswert verfügen, um den in § 96 Abs.1 VwGO ausdrücklich genannten Beweismitteln gleichgestellt werden zu können. Der Beweiswert sonstiger Erkenntnis-mittel ist dabei durch Vergleich mit den "Anforderungsaspekten" an die ausdrücklich geregelten Beweismittel festzustellen ⁴⁵²⁾.

(3) Finanzgerichtsverfahren

Im Finanzgerichtsverfahren nach der FGO ist über geheimhaltungsbedürftige Auskünfte Dritter Beweis zu erheben, wenn etwa dem angefochtenen Steuerbescheid von der Finanzbehörde Schätzungen aufgrund von Richtsätzen oder anderen äußeren Betriebsvergleichen zugrundegelegt sind, denen die Untersuchung wirtschaftlicher Vorfälle in anderen Betrieben oder bei sonstigen Dritten vorausgegangen ist, die dem Steuergeheimnis gemäß § 30 AO unterliegen ⁴⁵³⁾. Die Finanzämter sind in diesen Fällen gemäß § 86 Abs.1 FGO nicht zur Vorlage von Urkunden und Akten oder zu Auskünften verpflichtet, wenn dabei durch das Steuergeheimnis geschützte Verhältnisse Dritter unbefugt offenbart würden. Läßt sich die Richtigkeit

451) vgl. Vierweg, NJW 1982, S.2475; Redeker/v.Oertzen, § 96 VwGO Rz.7 m.w.N.; BVerwG 4, S.312, 315

452) so Vierweg, aaO.

453) vgl. dazu Rautenberg, NJW 1962, S.938

der Ermittlungsergebnisse des Finanzamtes bei streitigen Bewertungen und Schätzungen nicht durch erneute Ermittlungen überprüfen, werden zur Überwindung des an sich in bezug auf die streitigen Unterlagen bestehenden Verwertungsverbotes folgende Ansätze erörtert: Von Rautenberg wird erwogen, daß das Finanzgericht Kennzahlen für den äußeren Betriebsvergleich aus den Akten der Vergleichsbetriebe "herauspicken", sie dem Steuerpflichtigen vorlegen und gegen ihn verwenden könne, wenn er diesen Zahlen nicht in schlüssiger Weise widerspricht. Art. 103 Abs. 1 GG gewähre keinen Anspruch auf Kenntnis von Tatsachen

die für die Entscheidung unerheblich sind ⁴⁵⁴⁾. Der Bundesfinanzhof hat in einem nicht veröffentlichten Urteil vom 6.11.1958 ⁴⁵⁵⁾ weitergehend entschieden, daß ein Steuergericht bei einer Schätzung vom Finanzamt benannte Vergleichsbetriebe und deren Akten auch dann zu berücksichtigen habe, wenn dem Steuerpflichtigen die Betriebe und die Akten wegen des Steuergeheimnisses nicht bekanntgegeben werden dürften; die Rüge mangelnden rechtlichen Gehörs könne hierauf nicht gestützt werden, da § 22 RABGO die Angabe der Betriebe verbiete. In einer neueren Entscheidung des Bundesfinanzhofes vom 26.3.1980 ⁴⁵⁶⁾ wurde festgestellt, daß die Verfahrensbeteiligten auch bei außergerichtlichen Nachforschungen, die ein Sachverständiger bei der Vorbereitung seines Gutachtens vornimmt, nur dann ein Recht auf Benachrichtigung und Anwesenheit hätten, "sofern

454) aaO., unter Bezugnahme auf BVerfG 11, 177

455) IV 108/57, zit. bei Rautenberg, aaO.

456) BStBl II 1980, S. 515 unter Bezugnahme auf Pohle, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 402 ZPO und Schumann/Leipold in Stein/Jonas, § 357 ZPO Anm. I 5; zustimmend Tipke/Kruse, § 83 FGO Rz. 1

nicht gerade die Teilnahme rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist oder angesichts der Art der vorgesehenen außergerichtlichen Informationsmaßnahmen nicht sinnvoll erscheint". Da im Finanzgerichtsverfahren Beweismittel auch eine Betriebsprüfung sein kann, kommt schließlich die Vernehmung des Betriebsprüfers als sachverständiger Zeuge über den Inhalt geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen in Betracht, die der Steuerpflichtige nicht einsehen darf ⁴⁵⁷⁾. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme werde durch diese Vorgehensweise nicht verletzt ⁴⁵⁸⁾. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 377 Abs.3 und 4 ZPO könne die Aussage des Betriebsprüfers sogar schriftlich erfolgen ⁴⁵⁹⁾.

(4) Sozialgerichtsverfahren

Die im Geltungsbereich des Sozialgerichtsgesetzes aufgrund einer Vielzahl von Spezialgesetzen tätigen Verwaltungsbehörden haben zur Entscheidung über die Gewährung, den Entzug und die Erhöhung bzw. Herabsetzung von Leistungen weitreichende Ermittlungsbefugnisse, z.B. in Form von Auskunftsrechten über Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht verfahrensbeteiligter Unterhalts- und Kostenersatzpflichtiger einschließlich Nachforschungsmöglichkeiten bei den für diese zuständigen Finanzbehörden ⁴⁶⁰⁾. Sie sind dementsprechend gemäß § 35 SGB allg. Teil zur Geheimhaltung verpflichtet und haben gemäß § 119 SGG ihre

457) vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler. § 82 FGO Rz.3

458) aaO., Rz.1c

459) aaO., Fn.457)

460) vgl. z.B. §§ 116, 117 BSHG

Akten grundsätzlich nur insoweit an das Gericht zu übersenden, wie keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Gleichzeitig besteht jedoch auch dem Gericht gegenüber gemäß § 69 Abs.1 Ziff.1 SGB X eine Befugnis zur Offenbarung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen, soweit bestimmte soziale Aufgaben nur bei Kenntnis dieser Sozialdaten erfüllt werden können (Verhältnismäßigkeitsprinzip) ⁴⁶¹⁾. Da die Beteiligten, wie sich aus § 74 SGB X ergibt, Anspruch auf Kenntnis bei Dritten ermittelter geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen nur haben, wenn gleichzeitig ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch den Dritten gegenüber besteht ⁴⁶²⁾, fragt sich, wie solche Auskünfte dennoch in das Verfahren eingeführt werden können. Nach Ansicht von Mayer-Ladewig ist dem Verfahrensbeteiligten, zu dessen Lasten solche Informationen verwendet werden sollen, Kenntnis vom Akteninhalt zu geben, indem ihm, soweit dies ohne Verletzung des Geheimnisses möglich ist, Gesichtspunkte und Umstände "in gefilterter Form" mitgeteilt werden, deren Kenntnis eine sinnvolle Äußerung möglich macht ⁴⁶³⁾. Ähnlich wird bei Hauck/Haines erwogen, daß der Leistungsträger die Angaben über Einkommensverhältnisse der Unterhaltsverpflichteten unmittelbar von diesen erhebt und sie dem Antragsteller nur insoweit mitteilt, als dies gemäß § 35 SGB X erforderlich ist ⁴⁶⁴⁾.

461) vgl. dazu Hauck/Haines, § 69 SGB X Rz.33 f.

462) z.B. gem. § 1605 BGB

463) § 120 SGG Rz.7

464) § 69 SGB X Rz.35

Als weiterer Ansatzpunkt für die Zulässigkeit der Einführung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen in gefilterter Form kommt § 25 Abs.2 SGB X in Betracht. Diese Regelung sieht ausdrücklich die Vermittlung des Akteninhalts durch einen Dritten vor, wenn tatsächlich zu befürchten ist, daß die Akteneinsicht einem Beteiligten einen unverhältnismäßigen Nachteil, insbesondere an der Gesundheit, zufügen würde ⁴⁶⁵⁾ oder die in den Akten enthaltenen Angaben die Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit des Beteiligten beeinträchtigen könnten ⁴⁶⁶⁾. Zweck dieser Vorschrift ist jedoch nicht die Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen Dritter durch Einschaltung eines Beweismittlers, sondern ausdrücklich der Schutz Verfahrensbeteiligter vor sie erschütternden Angaben bzw. die Ermöglichung eines besseren Verständnisses der in den Akten enthaltenen Angaben etwa über den Gesundheitszustand, sofern man diese von einem Arzt, der das Vertrauen des jeweiligen Verfahrensbeteiligten hat, "als federnden Puffer" ⁴⁶⁷⁾ mitteilen läßt. Der Betroffene hat infolgedessen gemäß § 25 Abs.2 S.4 SGB X jeweils die Möglichkeit, trotz Einschaltung eines Beweismittlers weiter auf voller Akteneinsicht zu bestehen. Aus § 25 SGB X kann daher nur entnommen werden, daß der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen die Einschaltung eines

465) vgl. dazu Grüner in Grüner/Prochnow/Dalichau/Brückner/Podlech, § 25 SGB X Anm.2

466) vgl. aaO., Anm.4

467) aaO., Anm.2 unter Bezugnahme auf Neumann-Duesberg, SdL 1980, S.465, 480

Beweismittlers für sinnvoll und mit dem Grundsatz der Parteiöffentlichkeit sowie dem rechtlichen Gehör der Verfahrensbeteiligten vereinbar ansieht.

Eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts der Verfahrensbeteiligten aus anderen als Geheimhaltungsgründen infolge der Eigenarten des Sozialgerichtsverfahrens sieht auch § 120 Abs.1 SGG vor, soweit Gründe vorliegen, die nach § 25 Abs.2 SGB X die Vermittlung des Akteninhalts anstelle unmittelbarer Akteneinsicht durch die Verfahrensbeteiligten erforderlich erscheinen lassen ⁴⁶⁸⁾. Das rechtliche Gehör (§ 62 SGG) werde dadurch nicht verletzt, da sich die Verfahrensbeteiligten noch zur Grundlage der Entscheidung äußern könnten ⁴⁶⁹⁾. Weitergehend kann durch Entscheidung des Vorsitzenden gemäß § 120 Abs.3 SGG aus besonderen Gründen die Akteneinsicht ganz versagt werden, wenn dadurch etwa der gesundheitlichen Schädigung eines Verfahrensbeteiligten vorgebeugt werde, d.h. ein der Akteneinsicht gegenüber höherwertiges Gut geschützt werden soll ⁴⁷⁰⁾. Da die Verwertung solcher Tatsachen im Urteil dann nach § 128 Abs.2 SGG an sich ausgeschlossen ist, müsse das Gericht - so Peters/Sautter/Wolff ⁴⁷¹⁾ - unter Beachtung des Grundsatzes der Amtsermittlungspflicht trotz Beschränkung der tat-

468) vgl. dazu Peters/Sautter/Wolff, § 120 SGG Anm.3a

469) vgl. aaO., Fn.468); Mayer-Ladewig, § 120 SGG

470) aaO., Fn.468), Anm.3b

Rz.7

471) ausdrücklich aaO., Anm.3b

sächlichen Entscheidungsgrundlage durch die Rücksicht auf persönliche Verhältnisse der Beteiligten zu einem rechtlich und menschlich richtigen Ergebnis kommen.

(5) Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Im Beschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsteht ein Konflikt zwischen berechtigten Geheimhaltungsinteressen, sachrichtiger Entscheidung aufgrund vollständiger Sachverhaltsermittlung und dem Recht der Beteiligten auf Akteneinsicht und Anwesenheit bei der Beweisaufnahme insbesondere dann, wenn die Entscheidung auf bestrittene, aber vertrauliche Informationen Dritter gestützt ist (z.B. im Verfahren über die Entziehung der elterlichen Sorge), die das erstinstanzliche Gericht ohne Bindung an die Regeln des Strengbeweises ermittelt hat ⁴⁷²⁾. Eine Verwertung solcher Informationen wird nur für zulässig gehalten, wenn den Beteiligten rechtliches Gehör zumindest durch Mitteilung des Ergebnisses der Ermittlungen gewährt werde ⁴⁷³⁾. Auch die Gewährsleute sind dabei grundsätzlich bekanntzugeben, da die Verfahrensbeteiligten nur so Gelegenheit zur Entkräftung von Angaben hätten ⁴⁷⁴⁾. Soweit der Parteiöffentlichkeit, d.h. der uneingeschränkten Akteneinsicht und umfassenden Mitteilung des dem Gericht vorliegenden Tatsachenmaterials an

472) vgl. oben, II.1, S.115

473) vgl. Baur, FS Schima, S.67

474) so Ermann/Ronke, § 1695 a.F. BGB Rz.7

die Beteiligten ein Interesse der Öffentlichkeit oder einzelner Personen an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen und Beweisergebnisse entgegensteht, wird allgemein die Auffassung vertreten, daß das Gericht von der Verwertung absehen müsse, wenn den Beteiligten nicht der wesentliche Inhalt insbesondere der ihnen nachteiligen Tatsachen in mündlicher Erörterung oder durch Aktenauszüge bekanntgemacht werde ⁴⁷⁵⁾. Das gelte auch für den Inhalt von behördlichen Ermittlungsakten ⁴⁷⁶⁾, zumindest dem bevollmächtigten Anwalt müsse hier Akteneinsicht gewährt werden ⁴⁷⁷⁾. Ansonsten werde es sich im Einzelfall ermöglichen lassen, den Akteninhalt, der von der Behörde als geheim bezeichnet wurde, durch eine Zeugenvernehmung zum Gegenstand der gerichtlichen Ermittlungen zu machen und mit den Beteiligten zu erörtern ⁴⁷⁸⁾.

Schließlich wird im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs, ähnlich wie in §§ 25 Abs.2 SGB X, 120 Abs.3 SGG, für zulässig gehalten, wenn das Wohl, insbesondere die Erziehung Minderjähriger oder die Gesundheit Beteiligter gegen die

475) vgl. Jansen, § 12 FGG Rz.89; Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 FGG Rz.73e; OLG Stuttg. 22.5.1974, OLGZ 1974, S.363, 364

476) so Jansen, § 34 FGG Rz.6 unter Bezugnahme auf BayObLG 22, S.189, u. BayObLGZ 1956, S.114, 117; vgl. ebenso Keidel/Kuntze/Winkler, § 34 FGG Rz.16; Tröndle, ZBlJR 1953, S.190, 192

477) BayObLGZ 1956, S.117

478) so Ermann/Ronke, aaO., Rz.11

vollständige Bekanntgabe des Tatsachenmaterials (z.B. eines Sachverständigen-gutachtens im Fürsorgeerziehungs-, Freiheits-entziehungs- oder Unterbringungsverfahren) sprechen und eine gerichtliche Maßnahme gerade den Zweck hat, dem Wohl oder der Gesundheit eines Beteiligten zu dienen, dieser Zweck aber durch die umfassende Gewährung des Rechts auf Gehör ernstlich gefährdet oder vereitelt werden würde⁴⁷⁹⁾. In diesen Fällen ist dann jedoch zumindest einem gesetzlichen Vertreter des Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben⁴⁸⁰⁾.

c) Zwischenergebnis

Der prozessuale Grundsatz der Parteiöffentlichkeit gewährt den Beteiligten (Parteien) eines gerichtlichen Verfahrens in keiner der behandelten Verfahrensordnungen einen Anspruch auf Kenntnis von Urkunden und sonstigen entscheidungserheblichen Unterlagen oder auf Teilnahme an der Augenscheinseinnahme, wenn der Wahrnehmung des prozessualen Anwesenheitsrechts materiell berechnigte Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen⁴⁸¹⁾.

479) so Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 FGG Rz.73e; OLG Hamm 4.4.1962, JMB1 NRW 1962, S.199; BayObLGZ 1965, S.359, 361; ähnlich Baur, FS Schima, S.68

480) BayObLG, aaO.

481) vgl. oben, S.129, Fn.424), 425); S.134, Fn.443), 444); S.137, Fn.456); S.139, Fn.462); S.143, Fn.475)

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁸²⁾, nach der Akteneinsicht auch in bezug auf geheimhaltungsbedürftige Personalakten gestattet werden kann, wenn das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung im Einzelfall dem schutzwürdigen Interesse des Dritten vorgeht, läßt sich für die Konfliktlösung im Beschwerdeverfahren nicht heranziehen. In § 71 Abs.2 S.2 ist ausdrücklich der Vorrang berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter und/oder Dritter dem Recht auf Akteneinsicht der Beteiligten sowie dem öffentlichen Interesse an vollständiger Sachverhaltsaufklärung gegenüber geregelt⁴⁸³⁾. Eine Konfliktlösung durch Einschränkung berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter und/oder Dritter kommt daher grundsätzlich nicht in Betracht.

Ebenfalls nicht auf das Beschwerdeverfahren übertragbar ist die im Sozialgerichtsverfahren gemäß § 120 Abs.3 SGG⁴⁸⁴⁾ und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴⁸⁵⁾ praktizierte Verfahrungsweise, aufgrund Güterabwägung bestimmte Tatsachen auch ohne Kenntnis der Beteiligten zu verwerten, wenn sich dadurch eine gesundheitliche Schädigung, d.h. eine Gefährdung von Leib oder Leben der Beteiligten vermeiden läßt. Das Kartellverwaltungsverfahren berührt lediglich wirtschaftliche Interessen. Selbst wenn man z.B. an die Gefahr des Verlustes von Arbeits-

482) aaO., Fn.445)

483) vgl. dazu Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 71 Rz.8

484) vgl. oben, S.141, Fn.470)

485) vgl. oben, S.144, Fn.479)

plätzen infolge Versagung eines Zusammenschlußvorhabens denkt, werden Leib oder Leben Verfahrensbeteiligter und/oder Dritter durch das Verfahrensergebnis jedenfalls nicht unmittelbar gefährdet.

Zur Lösung des Konflikts zwischen dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten und/oder Dritter, der Parteiöffentlichkeit und dem rechtlichen Gehör der (übrigen) Verfahrensbeteiligten sowie dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung verbleiben daher folgende, im wesentlichen übereinstimmende Ansätze:

Ist die Erhebung eines Urkunds-/Augenscheinsbeweises durch das Gericht in Anwesenheit der Parteien unzulässig bzw. rechtlich unmöglich ⁴⁸⁶⁾, weil Verfahrensbeteiligte und/oder Dritte zur Vorlage entscheidungserheblicher Urkunden und zur Gestattung der Einsicht in solche Unterlagen wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen materiell nicht verpflichtet sind, wird auf die Verwertung der Tatsachen nicht von vornherein verzichtet, soweit sie zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen bzw. im Zivilprozeß zur Anspruchs begründung erforderlich sind.

Im Zivilprozeß wird zur Ermöglichung vollständiger Sachverhaltsaufklärung, wie dargelegt, unabhängig davon, ob die Einführung geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen aufgrund materieller oder prozessualer Auskunftspflichten erfolgt ⁴⁸⁷⁾, im Ergebnis übereinstimmend der prozessuale Grundsatz der Parteiöffentlichkeit insoweit eingeschränkt, wie die Anwesenheit

486) zur Terminologie vgl. Diederichsen einerseits und Pohle andererseits, aaO., Fn.401)

487) vgl. oben, S.131 f.

der Parteien aus materiellrechtlichen Gründen unzulässig ist. Die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit ist Folge der unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten eingeschränkten materiellen oder prozessualen Auskunftspflicht. Im Beschwerdeverfahren würde es eine im Ergebnis unzumutbare Belastung der Beteiligten bedeuten, müßten sie im Rahmen ihrer Aufklärungspflicht gemäß § 69 Abs.3 Geschäftsgeheimnissen den übrigen Hauptbeteiligten gegenüber offenlegen oder auf die Verwertung verzichten. Der im Zivilprozeß aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Ansatz zur Lösung des Interessenkonflikts zwischen berechtigten Geheimhaltungsinteressen der auskunfts-/aufklärungspflichtigen Partei und dem Anspruch auf umfassende Auskunft/Aufklärung der auskunfts-/aufklärungsberechtigten Partei läßt sich daher auf den vergleichbaren Interessenwiderstreit zwischen Aufklärungspflicht und berechtigtem Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten und dem öffentlichen Interesse an vollständiger Sachaufklärung im Beschwerdeverfahren übertragen.

In den übrigen Verwaltungsverfahren ist die Einschränkung der Parteiöffentlichkeit im selben Umfang zulässig, wenn es um die Verwertung geheimhaltungsbedürftiger Unterlagen Beteiligter oder Dritter geht ⁴⁸⁸⁾. Hier wird die Folge einer ausschließlich am Gesetzeswortlaut orientierten Behandlung widerstreitender Interessen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ⁴⁸⁹⁾ gemildert: durch Interessenabwägung zwischen dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse und der Parteiöffentlichkeit, dem rechtlichen Gehör sowie dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung. Die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeits-

488) vgl. oben, S.135, Fn.447), 451); S.137, Fn.456); S.139, Fn.463)

489) vgl. dazu BVerfG 17, S.306, 314; 29, S.245, 254; 402, 410;

grundsatzes gebietet jedoch ebenso wie der Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilrecht eine "abgestufte" Lösung⁴⁹⁰⁾. Die Einschaltung eines neutralen Dritten zur Einnahme des Augenscheins- oder Erhebung des Urkundsbeweises ist daher - ebenso wie der Ausschluß der Beteiligten von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen - nur zulässig, wenn nicht bereits mildere, d.h. die Betroffenen weniger belastende Mittel eine vollständige Sachverhaltsaufklärung ermöglichen⁴⁹¹⁾.

Als weniger belastende Maßnahme käme im Beschwerdeverfahren zumindest dann, wenn sich die entscheidungserheblichen Informationen bereits in den Akten etwa der Kartellbehörde befinden, der auszugsweise Vortrag aus diesen Unterlagen durch das Gericht selbst in Betracht⁴⁹²⁾. Dieses Verfahren ist in § 71 Abs.2 S.3 ausdrücklich vorgesehen und wird in anderen Verwaltungsgerichtsverfahren⁴⁹³⁾ sowie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴⁹⁴⁾ auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für zulässig gehalten. Da das Gericht beim auszugsweisen Vortrag gewissermaßen selbst als Tatsachenmittler tätig wird, besteht infolge des tatsächlichen Wissensvorsprungs jedoch eher die Gefahr "indirekter Verwertung". Diese Gefahr läßt sich gerade dadurch vermeiden, daß an Stelle des auszugsweisen Vortrags bzw. eines aus materiellen Gründen unzulässigen Urkunden- oder Augenscheinsbeweises der Beweismittler als (sachverständiger) Zeuge über

490) vg. dazu Gottwald, aaO., Fn.435)

491) vgl. BVerwG 35, S.225, 229

492) vgl. oben, § 3 II, S.59

493) vgl. oben, S.136, Fn.451); S.139, Fn.463)

494) vgl. OLG Stuttgart. aaO., Fn.475); BayObLGZ aaO., Fn.476)

das Ergebnis seiner Einsicht in die den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht nicht zugänglichen Unterlagen vernommen wird.

Die (übrigen) Verfahrensbeteiligten müssen jedoch in jedem Fall eine genügende Nachprüfungsmöglichkeit behalten, um sich - sei es im zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren - zu den der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachen äußern zu können ⁴⁹⁵⁾, und nicht mit Beweismaterial überfahren zu werden ⁴⁹⁶⁾.

Als Zwischenergebnis auch für das kartellrechtliche Beschwerdeverfahren kann daher folgendes festgehalten werden: Ist eine (unmittelbare) Beweiserhebung durch Urkunds-/Augenscheinsbeweis oder die Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen in Anwesenheit der Beteiligten wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen Verfahrensbeteiligter und/oder Dritter rechtlich unmöglich und stehen andere Beweismittel zur Aufklärung der entscheidungserheblichen Tatsache nicht zur Verfügung, ist es zulässig, daß das Gericht zur Beweiserhebung einen neutralen Dritten einschaltet bzw. auch die Hauptbeteiligten von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen ausschließt. Voraussetzung ist jedoch, daß ein überwiegendes Interesse an vollständiger Sachverhaltsaufklärung besteht und daß die Hauptbeteiligten eine genügende Nachprüfungsmöglichkeit behalten, um sich zu den der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachen äußern zu können.

495) vgl. BGH GRUR 1962, S.357; Friedrichs, aaO., Fn.425); Mayer-Ladewig, aaO., Fn.469)

496) so ausdrücklich Diederichsen, aaO., Fn.401)

Dasselbe gilt, wenn in bezug auf streitigen Tatsachenvortrag der Beteiligten wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen unter den o.a. Voraussetzungen eine lediglich eingeschränkte Aufklärungspflicht gemäß § 69 Abs.3 besteht. Hier ist die Einschaltung eines Beweismittlers zulässig, wenn die (übrigen) Hauptbeteiligten, einschließlich Kartellbehörde und Beschwerdegericht, eine ausreichende Nachprüfungsmöglichkeit behalten.

Es bleibt noch zu klären, unter welchen Voraussetzungen diese Vorgehensweise mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und dem Grundsatz des sachnächsten Beweismittels vereinbar ist. Schließlich fragt sich, unter welchen Voraussetzungen dieses Verfahren noch eine genügende Nachprüfung des Beweisergebnisses erlaubt, d.h. welche Kriterien im Einzelfall erfüllt sein müssen, damit trotz Einschränkung der Parteioffenentlichkeit und trotz Zugrundelegung eines weniger sachnahen Beweismittels der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art.103 Abs.1 GG) gewahrt bleibt.

4. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und dem Grundsatz des sachnäheren Beweismittels

a) Unmittelbarkeitsgrundsatz

Gemäß § 372 Abs.1 ZPO kann das Prozeßgericht an sich zur Augenscheinseinnahme einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen als Augenscheinsgehilfen lediglich hinzuziehen. Im übrigen sehen §§ 372 Abs.2, 434 ZPO als ausdrückliche Ausnahme vom Grundsatz der Unmittelbarkeit

(§ 355 Abs.1 ZPO) ⁴⁹⁷⁾ nur vor, die Augenscheins-einnahme und/oder Einsicht in eine Urkunde einem Mitglied des Prozeßgerichts oder einem Richterkommissar zu übertragen. Die Einschaltung einer vertretbaren, nicht notwendig über Sachkunde verfügenden Person zur Beweiserhebung über geheimhaltungsbefürchtete Tatsachen durch Einsichtnahme oder Besichtigung wäre demnach zulässig, wenn die Stellung des Beweismittlers der eines Richterkommissars vergleichbar wäre ⁴⁹⁸⁾.

Darüber hinaus wird es jedoch überwiegend, gestützt auf §§ 623 S.2, 656 a.F. ZPO, für zulässig gehalten, die Augenscheinseinnahme auf sachkundige Dritte als Beweismittler ganz zu übertragen, wenn die Feststellungen besondere Fachkenntnisse verlangen und/oder für den Untersuchten die Augenscheins-einnahme durch das Gericht nicht zumutbar ist ⁴⁹⁹⁾. Aus dieser weiteren Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz läßt sich ableiten, daß das Verbot der Übertragung des Augenscheins auf Dritte auch in anderen Fällen zurücktreten muß, in denen rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit oder Unvermögen der Augenscheinseinnahme durch das Gericht entgegenstehen und lediglich die Augenscheins-einnahme eine vollständige Sachverhaltsaufklärung ermöglicht. Dies folgt letztlich aus dem ungeschriebenen Gebot, dem Gericht keinen Weg zur Erkenntnis der Wahrheit grundsätzlich zu ver-

497) vgl. oben, S.126, Fn.413)

498) vgl. dazu Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S.436 Fn.2288)

499) vgl. Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 372 ZPO Anm.2b; Stephan in Zöllner, § 372 ZPO Anm.2; Thomas/Putzo, § 372 ZPO Anm.C

schließen ⁵⁰⁰⁾. Bei der Beweisaufnahme über geheimhaltungsbedürftigen Tatsachenvortrag der Beteiligten ergibt sich diese rechtliche Unmöglichkeit der Augenscheinseinnahme durch das Gericht daraus, daß das Gericht wegen der Gefahr "indirekter Verwertung" grundsätzlich keine weitergehenden Tatsachenkenntnisse haben soll als die Verfahrensbeteiligten.

In keiner der hier behandelten Verfahrensordnungen ist jedoch ausdrücklich geregelt, wie solche sinnlichen Wahrnehmungen einer vertretbaren Person im Rahmen der Augenscheinseinnahme, die (anders als die Tatsachenermittlungen durch einen Sachverständigen) nicht notwendig Sachkunde voraussetzen, in das Verfahren einzuführen und zu würdigen sind ⁵⁰¹⁾. Während bei der Einschaltung eines Richterkommissars das Ergebnis der Augenscheinseinnahme allein durch Bezugnahme auf das Augenscheinsprotokoll ins Gerichtsverfahren eingeführt wird (§ 160 Abs.3 Ziff.5 ZPO), kann die Würdigung der tatsächlichen Angaben des Beweismittlers nach herrschender Meinung dadurch geschehen, daß das Gericht diesen als Zeugen über seine tatsächlichen Feststellungen vernimmt ⁵⁰²⁾, obwohl ihm wie einem Sachverständigen als Augenscheinsgehilfen der Auftrag zur Einnahme des Augenscheins erteilt wurde. Durch die Verwertung seiner tatsächlichen Wahrnehmungen wird jedenfalls die Entscheidung über den Ausgang des Verfahrens nicht - wie Wieckmann behauptet (s.o., Fn.411) - auf den Beweismittler oder

500) so ausdrücklich Pohle, aaO.; im Ergebnis zustimmend Diederichsen, aaO., Fn.401)

501) vgl. dazu Goldschmidt, aaO., Fn.498)

502) BGH 13.2.1959, NJW 1959, S.828, 829; Haueisen, NJW 1959, S.1351; Thomas/Putzo, § 372 ZPO Anm.C; vgl. auch BGH 7.5.1965, NJW 1965, S.1492

Sachverständigen übertragen. Es läßt sich darüber hinaus erwägen, ob nicht die schriftlichen Aufzeichnungen des Beweismittlers wie das Augenscheinsprotokoll des Richterkommissars bzw. des Sachverständigen als Augenscheinsgehilfen als Beweisurkunde in das Verfahren eingeführt werden können ⁵⁰³⁾. Soweit die Angaben des Beweismittlers auf schriftlichen Aufzeichnungen Beteiligter oder Dritter beruhen, ist entsprechend § 377 Abs.3 ZPO jedenfalls eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage zulässig ^{503a)}. Im übrigen besteht Übereinstimmung darin, daß der Beweismittler wie ein Sachverständiger zu behandeln ist, wenn er aus seinen tatsächlichen Feststellungen aufgrund besonderer Sachkunde Schlußfolgerungen zieht ⁵⁰⁴⁾.

b) Grundsatz des sachnäheren Beweismittels

Der Grundsatz des sachnäheren Beweismittels, wonach das Gericht die zu beweisenden Tatsachen aus der Quelle selbst zu schöpfen hat ⁵⁰⁵⁾, ist ausdrücklich nur in § 250 StPO geregelt, während der ZPO nach Auffassung der Literatur insgesamt ein Grundsatz der materiellen Beweisunmittelbarkeit nicht zu entnehmen ist ⁵⁰⁶⁾. Der Gesetzgeber der

503) so angedeutet bei Goldschmidt, aaO., Fn.501)

503a) vgl. oben, Fn.457)

504) vgl. Thomas/Putzo, aaO.; Hartmann, aaO.; Stephan, aaO.

505) vgl. Kern/Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 A II, S.259; K.Peters, Strafprozeß, § 39 I, S.296 ff.

506) vgl. Schumann/Leipold in Stein/Jonas, § 355 ZPO Anm.I 3; Thomas/Putzo, § 286 ZPO Anm.3; Wiezcoreck, § 286 ZPO Anm.C III b 24

ZPO habe diese Frage offengelassen ⁵⁰⁷⁾. Gemäß § 377 Abs.3 und 4 ZPO, der entsprechend in den übrigen hier behandelten Verfahrensordnungen gilt ⁵⁰⁸⁾, kann jedoch zumindest der Zeugenbeweis nur dann auch ohne Einverständnis der Parteien durch eine schriftliche Beantwortung ersetzt werden, wenn der Gegenstand der Vernehmung ohnehin eine Auskunft anhand bereits vorhandener Aufzeichnungen gewesen wäre und die schriftliche Auskunft wegen der eidesstattlichen Versicherung einen der Zeugenvernehmung vergleichbaren Beweiswert hat. Im übrigen wird jedenfalls im Ergebnis übereinstimmend davon ausgegangen, daß der Beweisführer zwar statt des Zeugen- oder Sachverständigenbeweises einen Urkundsbeweis, z.B. durch Verwertung bereits vorhandener Zeugenaussagen aus Gerichts- oder Behördenakten anderer Verfahren beantragen kann. Der Beweisgegner muß dann allerdings jeweils die Möglichkeit haben, die Zeugenvernehmung vor dem Gericht, d.h. die Heranziehung des sachnäheren Beweismittels, zu verlangen ⁵⁰⁹⁾.

507) vgl. Grube, DStR 1972, S.525

508) §§ 98 VwGO, 82 FGO, 118 SGG; 15 FGG

509) vgl. BGHZ 23, S.207, 213 ff.; BGHZ 1, S.220; BGHZ 7, S.110; BGH 19.12.1969, VersR 1970, S.322; BGH 2.3.1973, WM 1973, S.560; BAG 18.1.1968, NJW 1968, S.957; vgl. auch BVerwG, ständige Rspr. seit BVerwG 2, S.310; BFH 17.8.1961, HFR 1962, S.139; BFH 30.5.1967, BStBl 1967 III, S.520 m.w.N.; Hartmann, aaO., § 286 ZPO Anm.4 B; Thomas/Putzo, § 286 ZPO Anm.3; Schumann/Leipold in Stein/Jonas, § 355 ZPO Anm.I 3; Kessler, Grundlagen des Sachverständigengutachtens, S.134

Hier geht es jedoch nicht um die willkürliche Heranziehung einer bereits vorhandenen Urkunde anstelle der in den vorgenannten Fällen jeweils möglichen Zeugenvernehmung in der mündlichen Verhandlung. Es geht vielmehr um die gewissermaßen umgekehrte Frage, ob es zulässig ist, einen unmittelsbaren Augenscheins-/Urkundsbeweis, der in der mündlichen Verhandlung aus rechtlichen Gründen nicht erhoben werden kann, durch die Vernehmung des Beweismittlers bzw. sein Augenscheinsprotokoll zu ersetzen, wenn auf andere Erkenntnismittel zur Aufklärung einer entscheidungserheblichen Tatsache nicht zurückgegriffen werden kann. In diesen Fällen ist die Erhebung des weniger sachnahen Beweises bereits deshalb statthaft, weil das Beschwerdegericht allen Tatsachen und Beweisen nachzugehen hat, soweit der Vortrag der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher dazu Anlaß gibt ⁵¹⁰⁾ und sich dabei aller geeigneten Erkenntnismittel bedienen kann ⁵¹¹⁾. Steht das sachnähere Beweismittel als Erkenntnisquelle aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht zur Verfügung und kann auch nicht auf ein vergleichbar sachnahes Beweismittel zurückgegriffen werden, ist es daher zulässig, das weniger sachnahe Beweismittel als Erkenntnisquelle heranzuziehen ⁵¹²⁾. Im Rahmen

510) vgl. oben, S.112, Fn.269)

511) vgl. oben, S.136, Fn.451)

512) in diesem Sinne auch BGH 29.11.1955, NJW 1955, S.671; Kessler, aaO., S.111; Redeker/v.Oertzen, § 96 VwGO Rz.7; BFH 9.12.1969, BStBl 1970 II, S.97

der freien Beweiswürdigung ist dann allerdings der geringere Beweiswert zu berücksichtigen, den weniger sachnahe Beweismittel bereits infolge nur eingeschränkter Überprüfbarkeit durch die Beteiligten haben können ⁵¹³⁾.

c) Ergebnis zu 4.

Auch wenn grundsätzlich Einigkeit besteht, daß die unmittelbaren Wahrnehmungen die "sichersten Beweismittel" darstellen ⁵¹⁴⁾, und daß das erkennende Gericht die Beweise nicht nur selbst erheben, sondern darüber hinaus im weitest möglichen Umfang aufgrund eigener Wahrnehmung entscheiden soll ⁵¹⁵⁾, ist der durch Einschaltung eines Beweismittlers erhobene "mittelbare" und weniger sachnahe Zeugenbeweis anstelle des unmittelbaren Augenscheins-/Urkundsbeweises statthaft, wenn dieser aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen - hier wegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter - unzulässig ist und andere Beweismittel nicht zur Verfügung stehen ⁵¹⁶⁾.

513) vgl. oben, S.136, Fn.452); ausdrücklich BVerfG 26.5.1981, NJW 1981, S.1719, 1722 = BVerfG 57, 250 ff.

514) so ausdrücklich Tipke/Kruse, § 96 FGO Anm.2

515) vgl. Grunsky, Verfahrensrecht, § 42 I 1, S.435

516) vgl. BGH aaO., Fn.369); Grube, aaO., Fn.507), S.526; im Ergebnis ebenso Pohle und Diederichsen, aaO., Fn.401)

5. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art.103 Abs.1 GG)

a) Grundsatz des rechtlichen Gehörs berührt

Die Erhebung eines weniger sachnahen Beweises zur Überwindung des an sich in bezug auf die geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen/Urkunden bestehenden Verwertungsverbotes (§ 71 Abs.2 S.3) schränkt ebenso wie der (gleichzeitige) Ausschluß des Anwesenheitsrechts der Beteiligten bei der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen (Beweismittler) außerhalb der mündlichen Verhandlung, das gesetzlich vorgesehene Ausmaß der Einflußnahme der Beteiligten auf den Ablauf der Beweisaufnahme ein. Diese können dadurch, daß sie gewissermaßen "weiter weg" von den beweiserheblichen Tatsachen stehen, deren Aussagekraft nicht im selben Umfang überprüfen. Damit wird im Ergebnis die positive Komponente des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Hauptbeteiligten, d.h. ihre "Mitwirkungsbefugnis kraft Rechtsbetroffenheit" ⁵¹⁷⁾ in der Ausformung durch die Verfahrensregelungen des GWB beschränkt. Da das Gericht hier nicht über weitergehende Informationen verfügen kann als die Beteiligten, besteht jedoch - anders als beim auszugsweisen Vortrag aus geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen ⁵¹⁸⁾ - nicht die Gefahr indirekter Verwertung.

517) so ausdrücklich Zeuner, FS Nipperdey I, S.1016

518) vgl. oben, III.3.c), S.148

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
zum Umfang des rechtlichen Gehörs im Rahmen
der Beweisaufnahme

- (1) Artikel 103 Abs.1 GG gewährt den Beteiligten nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts weder ein Recht auf bestimmte Beweismittel noch auf bestimmte Arten von Beweismitteln. Insbesondere umfasse das rechtliche Gehör auch nicht das Recht auf eine unmittelbare Beweisaufnahme, sondern gebe den Beteiligten nur ein Recht darauf, daß sie Gelegenheit erhalten, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, d.h. Tatsachen und Beweisergebnissen zu äußern ⁵¹⁹⁾. Dieses Recht werde, so führt das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 26.5.1981 (zur Zulässigkeit der Verwertung einer Niederschrift über die polizeiliche Vernehmung eines sog. V-Mannes) weiter aus, auch bei Heranziehung eines weniger sachnahen Beweismittels durch die prozessuale Befugnis gewahrt, auf den möglicherweise minderen Beweiswert schriftlicher Aufzeichnungen hinzuweisen, durch entsprechende Anträge auf die Beschaffung des sachnäheren Beweismittels zu dringen und, sollten diese Bemühungen erfolglos bleiben, auf den Inhalt einer schriftlichen Befragung Einfluß zu nehmen ⁵²⁰⁾.

519) vgl. BVerfG 1, S.418, 429 = NJW 1953, S.177 f.;
4, S.250, 277; 57, S.250 ff. = NJW 1981,
S.1719 ff.

520) NJW 1981, S.1722

Findet die Augenscheins~~ein~~nahme in Abwesenheit der Betroffenen statt, dann reicht es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls aus, wenn diesen zumindest Gelegenheit zur Stellungnahme zum Ergebnis des Augenscheins gegeben werde ⁵²¹⁾.

Das rechtliche Gehör wird nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts jedoch verletzt, wenn einer gerichtlichen Entscheidung etwa amtliche Auskünfte nicht verfahrensbeteiligter Behörden ⁵²²⁾, Teile beigezogener Akten ⁵²³⁾ oder Gutachten ⁵²⁴⁾ zugrundegelegt werden, ohne daß die Betroffenen vorher auf deren Bedeutung hingewiesen worden sind und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde.

- (2) Im übrigen hat das Bundesverfassungsgericht, gestützt auf einen aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art.2 Abs.1) abgeleiteten Anspruch auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren, in seiner Entscheidung vom 26.5.1981 jedenfalls an die Verwertung des weniger sachnahen polizeilichen Vernehmungsprotokolls anstelle einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung besondere Anforderungen gestellt: Das Gericht dürfe sich bei der Aus-

521) BVerfG 20, S.280, 282

522) vgl. BVerfG 17, S.139, 143 ff.; 29, S.345, 347 ff.; 27.9.1982, NJW 1983, S.695 f.

523) vgl. BVerfG 20, S.347, 349 f.

524) vgl. BVerfG 15, S.214, 218; 16, S.283, 285 f.; 17, S.86, 95 ff.; 62, S.392, 396

wahl unter mehreren Beweismitteln regelmäßig nicht damit begnügen, den mit der Gefahr größerer Unzuverlässigkeit behafteten sachferneren Beweis zu erheben, sofern qualitativ bessere Beweismittel zur Verfügung stehen. einer flexiblen Regelung (gemeint ist § 244 Abs.2 StPO), die im Interesse der Wahrheitsfindung grundsätzlich kein Beweismittel als von vornherein ungeeignet zurückweise, korrespondiere auf der Ebene der Beweisbewertung das Prinzip der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Dabei könne der möglicherweise geringere Beweiswert weniger sachnaher Beweismittel sogar dadurch Berücksichtigung finden, daß er - gerade auch im Hinblick auf ihre möglichen Fehlerquellen - eine Überzeugungsbildung des Gerichts nicht zulasse⁵²⁵⁾. Diese Voraussetzungen müssen jedoch, wie dargestellt, ohnehin erfüllt sein, um auch gegen den Willen der Beteiligten auf ein weniger sachnahes Beweismittel zurückgreifen zu können.

In dem der Entscheidung vom 26.5.1981 zugrundeliegenden Fall war schließlich das sachnähere Beweismittel, nämlich der V-Mann als Zeuge, nur deshalb nicht greifbar, weil die Behörde seinen Namen nicht preisgab. Hier müsse, so das Bundesverfassungsgericht weiter, die sorgfältige Abwägung der im Spannungsfeld stehenden Rechtsgüter und entsprechende Würdigung des gesamten Sachverhalts im Einzelfall einen Rückgriff auf das weniger sachnahe Beweismittel erlauben. Dies sei der Fall,

525) BVerfG aaO., Fn.520), S.1722

wenn das Gericht in der Wahrnehmung verfassungsrechtlich legitimierter Aufgaben handle, die im Einzelfall nur mit Hilfe der mittelbaren Beweise verfolgt werden könnten. Als weitere Zulässigkeitskriterien seien dabei zu berücksichtigen: die Schwere der Straftat, das Ausmaß der dem Beschuldigten drohenden Nachteile, das Gewicht der einer bestmöglichen Aufklärung entgegenstehenden Umstände (keine Verwertung des mittelbaren Beweises, wenn das unmittelbare Beweismittel willkürlich vorenthalten werde), der Stellenwert des Beweismittels im Rahmen der Beweislage. Auch müsse die Schwere des Eingriffs verhältnismäßig sein ⁵²⁶⁾.

- (3) Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist insgesamt bedenklich. Mit dem lapidaren Hinweis, es bestehe kein Recht auf bestimmte Beweismittel ⁵²⁷⁾, wird der Frage aus dem Weg gegangen, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit der Einfluß der Betroffenen auf den Ablauf der Beweisaufnahme im Rahmen des Rechts aus Art.103 Abs.1 GG eingeschränkt werden darf, um eine vollständige Sachverhaltsaufklärung zu ermöglichen. Stattdessen mißt das Gericht die Beschränkung der Einflußmöglichkeiten des Betroffenen an dem wesentlich konturenloseren Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren. Dieses unterliegt als Teilaspekt des Art.2 Abs.1 GG als Auffang-

526) BVerfG aaO., S.1724

527) BVerfG aaO., S.1723

grundrecht ⁵²⁸⁾ dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Es kann daher durch jede im übrigen verfassungsgemäße Maßnahme, deren Realisierung die Verfassung fordert, beschränkt werden ⁵²⁹⁾. Möglicherweise hat sich das Bundesverfassungsgericht hier nur praktischer Notwendigkeit im Einzelfall gebeugt. Die allgemein gehaltenen Entscheidungsgründe lassen allerdings den weitergehenden Schluß zu, daß der vollständigen Sachverhaltsaufklärung im öffentlichen Interesse nach Auffassung des Gerichts - jedenfalls im Strafverfahren - gegenüber dem Anspruch auf rechtliches Gehör und damit gegenüber einer effektiven Verteidigung generell Vorrang einzuräumen sei. Bei seiner Entscheidung konnte sich das Bundesverfassungsgericht wenigstens darauf stützen, daß, anders als in den vorstehend behandelten Verfahrensordnungen, der von ihm festgestellte angeblich generelle Vorrang der Wahrheitsermittlung für das Strafverfahren in §§ 244 Abs.2, 251 Abs.2 StPO ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Der Gesetzgeber hat mithin bei der Konkretisierung des rechtlichen Gehörs im Rahmen der Verfahrensregeln der StPO im voraus unabhängig von der Gestaltung des Einzelfalls eine Interessenabwägung zwischen den verfahrensmäßigen Rechten des Angeklagten und der möglichst vollständigen Aufklärung des Sachverhalts im öffentlichen Interesse durch das Gericht vorgenommen. Vergleichbare Regelungen sind weder im GWB noch in der ZPO oder VwGO enthalten. Schon aus diesem Grund könnte im Beschwerdeverfahren der Zeugenbeweis, gestützt

528) vgl. dazu Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.2 GG Rz.6

529) vgl. Dürig, aaO., Rz.20

auf den Tenor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nicht ohne Zustimmung der Betroffenen etwa durch eine schriftliche Auskunft des Zeugen im Verwaltungsverfahren gemäß § 46 ersetzt werden.

c) Immanente Schranken des Art.103 Abs.1 GG

Selbst wenn man bereits im Rahmen des Art.103 Abs.1 GG strengere Maßstäbe anlegt, als das Bundesverfassungsgericht in den vorgenannten Entscheidungen ⁵³⁰⁾, ist die Erhebung des Augenscheins-/Urkundsbeweises unter Einschaltung eines Beweismittlers jedoch ebenso wie der Ausschluß der Beteiligten von der Tatsachenermittlung unter den oben dargelegten Voraussetzungen im Rahmen der immanenten Schranken des Art.103 Abs.1 GG zulässig.

Die Ersetzung des Urkunds-/Augenscheinsbeweises in Anwesenheit der Beteiligten durch eine Vernehmung des Beweismittlers oder Sachverständigen als Zeugen schränkt den Anspruch der Hauptbeteiligten auf rechtliches Gehör und effektive Verteidigung in wesentlich geringerem Maße ein als die vom Bundesverfassungsgericht im Strafverfahren ebenfalls für zulässig gehaltene Ersetzung des Personalbeweises. Beim Personalbeweis ist die Ersetzung des unmittelbaren Beweismittels mit besonders gravierenden Gefahren verbunden. Hier ist auch nach Auffassung des Gerichts an sich der persönliche Eindruck mit der Möglichkeit von Fragen, Vorhalten und Gegenüberstellungen für die Beweiswürdigung unver-

530) vgl. oben, Fn.519)

zichtbar ⁵³¹⁾. Wird an Stelle der Zeugenvernehmung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht in Anwesenheit der Parteien zum Beweis lediglich auf ein Vernehmungsprotokoll Bezug genommen, und der Zeuge vom Hörensagen zu den Angaben des unmittelbaren Zeugen befragt, besteht die Gefahr einer doppelten Verfälschung der beweiserheblichen Tatsachen, da die vernehmende Person Inhalt und Ergebnis einer Zeugenvernehmung erheblich beeinflussen kann ^{531a)}. Das Ausmaß der Einflußnahme ist für den Betroffenen weder aus dem Vernehmungsprotokoll ersichtlich noch durch Befragung des Zeugen vom Hörensagen feststellbar.

Diese Gefahren bestehen umgekehrt bei der Ersetzung des Augenscheins-/Urkundsbeweises durch die Vernehmung des . . . Beweismittlers bzw. beim Ausschluß des Betroffenen von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen nicht. Hier kann in Anlehnung an die Handhabung des eingeschränkten Auskunftsanspruchs im Zivilrecht ⁵³²⁾ jeweils ein Beweismittler bzw. Sachverständiger in Abstimmung mit den Betroffenen beauftragt werden, der deren Vertrauen genießt. Dieser Beweismittler oder der Sachverständige wird in der mündlichen Verhandlung über das Ergebnis der Einsicht in nachprüfbare und zudem feststehende Tatsachen befragt und nicht, wie der Zeuge vom Hörensagen, über zufällige subjektive Wahrnehmungen, die ihm eine dritte Person mitgeteilt hat. Auf Fragen und Vorhalte der Verfahrensbeteiligten

531) vgl. BVerfG aaO., Fn.520), S.1722

531a) "Stille-Post-Effekt"

532) vgl. oben, S.130, Fn.432)

hat der Beweismittler die Möglichkeit, jeweils auf die feststehende Tatsachengrundlage seiner zur Geheimniswahrung ggf. zusammenfassenden Angaben zurückzugreifen und diese zu ergänzen. Bei der Vermittlung des Personalbeweises werden die Angaben des unmittelbaren Zeugen dagegen im Rahmen einer erneuten Befragung u.U. differieren. Die unterschiedliche Einschätzung der Zuverlässigkeit mittelbarer Beweise je nach dem, ob sich die Wahrnehmungen des Beweismittlers auf bereits feststehende Tatsachen beziehen oder wie bei der Vermittlung des Personenbeweises auch von seinem Verhalten abhängigen Veränderungen unterliegen, wird im Ergebnis durch die gesetzliche Regelung in § 377 ZPO bestätigt: Gemäß § 377 Abs.3 ZPO kann eine Zeugenaussage auch ohne Einverständnis der Parteien durch eine schriftliche Erklärung ersetzt werden, wenn Gegenstand der Vernehmung Auskünfte sind, die der Zeuge anhand von Büchern oder anderen Aufzeichnungen zu erteilen hat. In anderen Fällen ist die Zeugenvernehmung gemäß § 377 Abs.4 nur mit Zustimmung der Parteien durch eine schriftliche Aussage ersetzbar. Der Gesetzgeber hielt die Gefahr einer Verfälschung des Beweisergebnisses damit bei Ersetzung des mündlichen durch einen mittelbaren schriftlichen Zeugenbeweis jedenfalls dann nicht für gegeben, wenn den schriftlichen Angaben bereits vorhandene schriftliche Aufzeichnungen⁵³³⁾ zugrunde liegen. Er hielt es unter diesen Umständen auch ohne Zustimmung der Parteien für zulässig, die Parteiöffentlichkeit

533) vgl. Stephan, aaO., § 377 ZPO Anm.III 1 a); Thomas/Putzo, § 377 ZPO Anm.2

und das Fragerecht entfallen zu lassen und auf die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zu verzichten⁵³⁴⁾.

Die verbleibende Beschränkung des gesetzlich vorgesehenen Umfangs an Einflußnahme auf den Ablauf der Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung durch Stellungnahme zum Beweisergebnis ist vergleichsweise geringfügig. Sie ist gerechtfertigt, wenn im Einzelfall ebenfalls verfassungsrechtlich legitimierte Interessen der Kartellbehörde/des Beschwerdegerichts, die nur mit Hilfe des mittelbaren Beweises bzw. bei Ausschluß der Beteiligten von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen verfolgt werden können, überwiegen. Die verfassungsrechtliche Legitimation zur Aufklärung und Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ergibt sich einerseits aus Art.74 Ziff.16 GG, aus dem weit über die Zuständigkeitsverteilung hinausreichende materielle Schlußfolgerungen gezogen werden können⁵³⁵⁾. Darüber hinaus zwingen die Grundrechte insgesamt zu einer gemischten Wirtschaftsverfassung und damit auch grundsätzlich zur Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit⁵³⁶⁾. Ferner erlaubt und erfordert die Sozialentscheidung des Grundgesetzes in jedem Fall, zugunsten der abhängigen Partner unsoziales Verhalten seitens markt-

534) vgl. Thomas/Putzo, aaO., Hartmann, aaO., § 377 ZPO Anm.3 A; Stephan, aaO.

535) so ausdrücklich Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.14 GG Rz.25; ebenso Harms im GK, § 23a Rz.83

536) so Huber, DÖV 1956, S.137; Dürig, aaO., Fn.528), Rz.44; vgl. auch Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.2 GG Rz.14

beherrschender Unternehmen abzuwehren⁵³⁷⁾. Schließlich obliegt es dem Staat im Interesse des Gemeinwohls, eine rechtstechnisch funktionierende Gegenseitigkeitsordnung zu schaffen und zu erhalten⁵³⁸⁾.

d) Maßstäbe für die Güterabwägung im Einzelfall

In welchen Fällen dieses verfassungsrechtlich legitimierte öffentliche Interesse an der vollständigen Aufklärung kartellrechtlicher Sachverhalte stärker wiegt als das Verteidigungsinteresse der Betroffenen, d.h. welche kartellrechtlichen Maßstäbe für die Güterabwägung im Einzelfall heranzuziehen sind, läßt sich hier nur andeuten. Es fehlt bisher, anders als im Zivilrecht beim Umfang des Anspruchs auf Rechnungslegung, eine Vielzahl von Entscheidungen, anhand derer sich verbindliche Maßstäbe entwickeln ließen. Die nachfolgenden Kriterien sind daher als Minimalforderungen zu verstehen, die im Einzelfall erfüllt sein müssen, um die Einschaltung eines Beweismittlers und/oder die Einschränkung des Anwesenheitsrechts bei der Tatsachenermittlung gegenüber dem Anspruch auf rechtliches Gehör und effektive Verteidigung der Hauptbeteiligten zu rechtfertigen:

537) Dürig, aaO., Rz.53; vgl. dazu Scholz, WiR 1972, S.63

538) Dürig, aaO., Rz.59

- Die Heranziehung des unmittelbaren Beweismittels und/oder die Anwesenheit der Beteiligten bei der Tatsachenermittlung ist aus berechtigten Geheimhaltungsinteressen Beteiligten und/oder Dritter ausgeschlossen, deren Vorliegen diese Beteiligten und/oder die Dritten glaubhaft zu machen haben.
- Die vollständige Aufklärung des Sachverhalts ist mit anderen, sachnäheren Beweismitteln nicht möglich.
- Das öffentliche Interesse an größtmöglicher Sachaufklärung zur Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit wiegt im Einzelfall schwerer als das Recht des Beschwerdeführers auf effektive Verteidigung durch Erhebung des unmittelbaren Beweises. Das ist etwa der Fall,
 - wenn Unternehmen durch Vornahme einer Fusion eine Gefahrensituation für die Wettbewerbsfreiheit selbst geschaffen haben,
 - wenn bereits der durch Tatsachen begründete konkrete Verdacht eines mißbräuchlichen Verhaltens i.S.d. § 22 Abs.4 besteht und das Ausmaß der Gefahrenlage für die Wettbewerbsfreiheit, d.h. die Schwere des möglichen Eingriffs 539) in den Wirtschaftskreislauf im Falle einer materiell falschen Entscheidung, die möglichen Nachteile eines weniger sachnahen Beweismittels für die Verteidigung des Beschwerdeführers übersteigt,
 - wenn, allgemein ausgedrückt, eine nach materiellem Recht falsche Entscheidung bei Verzicht auf die Beweiserhebung über den geheimhaltungsbedürftigen Tatsachenvortrag eine Veränderung der Marktstrukturen herbeiführen könnte, während dem Beschwerdeführer zur Verteidigung gegenüber dem mittelbaren Beweis ausreichende Nachprüfungsmöglichkeiten bleiben und darüber hinaus eine Plausibilitätskontrolle durch andere Beweismittel stattfinden kann.

539) zur Berücksichtigung der Schwere und Gefährlichkeit der zu ermittelnden Tat bei der Beurteilung eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses gem. § 46 vgl. BVerfG 27.4.1973, WuW/E VG, S.235, 236

Schließlich ist die Berücksichtigung eines weniger sachnahen Beweismittels den übrigen Hauptbeteiligten gegenüber auch im überwiegenden Interesse des Beschwerdeführers zulässig, wenn die weitere Sachverhaltsaufklärung zur Widerlegung der Vermutungstatbestände erforderlich ist.

Unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren entwickelten Zulässigkeitskriterien darf der mittelbare Beweis bzw. das Sachverständigengutachten, dessen Tatsachengrundlage unter Ausschluß der Parteiöffentlichkeit ermittelt wurde, nicht die einzige Grundlage der Entscheidung bilden. Die beweiserhebliche geheimhaltungsbedürftige Tatsachengrundlage darf der Beurteilung auch nicht weiter entzogen werden, als zur Wahrung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter unbedingt notwendig ist (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁵⁴⁰⁾. Ferner hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 70 Abs.1 den minderen Aussagewert mittelbarer Beweise zu berücksichtigen⁵⁴¹⁾.

540) BVerfG aaO., Fn.520), S.1723, 1724; vgl. auch Harms, aaO., Fn.535)

541) BVerfG aaO., S.1722

6. Kosten der Einschaltung eines Beweismittlers

Der Ausschluß der Beteiligten von der Tatsachenermittlung durch den Sachverständigen ist kostenneutral. Fraglich ist jedoch, wer die zusätzlichen Kosten zu tragen hat, die durch die Einschaltung eines Beweismittlers entstehen, wenn das Gericht an sich die Sachaufklärung selbst hätte durchführen können.

Werden Auskünfte von den Verfahrensbeteiligten zur Wahrung eigener Geheimhaltungsinteressen lediglich einem Beweismittler erteilt, bzw. Unterlagen nur ihm zur Verfügung gestellt, statt sie den übrigen Beteiligten in der mündlichen Verhandlung oder durch Akteneinsicht zugänglich zu machen, ist die Interessenlage ähnlich der im Zivilprozeß bei Bestehen einer eingeschränkten Auskunftspflicht⁵⁴²⁾. Die Kosten der zusätzlich erforderlichen Einschaltung des Beweismittlers hat daher, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, derjenige zu tragen, der die Offenlegung unter Berufung auf berechnigte Geheimhaltungsinteressen verweigert⁵⁴³⁾.

542) vgl. oben, 3 c, S.146

543) vgl. ebenso Keller im MK, § 259 BGB Rz.32; demgegenüber fallen die Kosten der Buchprüfung durch einen Dritten gem. § 87c Abs.4 HGB dem Handelsvertreter zur Last, vgl. Baumbach/Duden, § 87c HGB Anm.5 B; Schlegelberger-Schröder, § 87c HGB Rz.17e, weil eine bereits erteilte umfassende Auskunft überprüft wird. Der Unternehmer hat die Kosten jedoch zu erstatten, wenn sich herausstellt, daß der Buchauszug oder die Abrechnung unrichtig war, so BGH 13.7.1959, BB 1959, S.935

Erfolgt die Einschaltung eines Beweismittlers durch das Gericht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nicht Verfahrensbeteiligter, sind die zusätzlich anfallenden Kosten wie Sachverständigengebühren den Gerichtskosten unterzuordnen⁵⁴⁴⁾. Sie unterliegen damit der Kostenverteilung unter Billigkeit Gesichtspunkten nach § 77.

544) vgl. Thomas/Putzo, vor § 91 ZPO Anm.1b

Zusammenfassung

Auch im Kartellverwaltungs- und -beschwerdeverfahren ist jede Tatsache Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, auf die die allgemein anerkannten Begriffsmerkmale - nicht offenkundig, berechtigtes Geheimhaltungsinteresse, Geheimhaltungswille des Inhabers - zutreffen. Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht in bezug auf solche Tatsachen, deren planmäßiger Austausch unter verfahrensbeteiligten Wettbewerbern eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.d. § 1 darstellen würde.

Unterlagen, die zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen Beteiligter oder Dritter von der Akteneinsicht ausgeschlossen sind, können der Entscheidung der Kartellbehörde bzw. des Beschwerdegerichts zugrundegelegt werden, wenn ihr Inhalt vorgetragen wurde. Im Verwaltungsverfahren genügt jedoch auch die Unterrichtung über die wesentlichen Ermittlungsergebnisse zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Verfahrensbeteiligten. Der auszugsweise Vortrag aus geheimhaltungsbedürftigen Teilen der Gerichtsakten erfolgt im Beschwerdeverfahren durch das Gericht. Dieses darf als geheim bezeichnete Aktenteile (sog. Geheimakten) zuvor auf ihre Entscheidungserheblichkeit hin untersuchen und ggf. an den Absender zurücksenden. Die Gefahr indirekter Verwertung ist im Interesse vollständiger Sachverhaltsaufklärung in Kauf zu nehmen.

Geheimhaltungsbedürftiger Tatsachenvortrag der Hauptbeteiligten kann trotz Ausschluß der in wirtschaftlichen Interessen berührten Beigeladenen von der Akteneinsicht verwertet werden. § 71 Abs.3 enthält eine den § 70 Abs.1 S.2 einschränkende Interessenbewertung für den Fall, daß dem An-

spruch der nicht notwendig Verfahrensbeteiligten auf Kenntnis und Stellungnahme zur Entscheidungsgrundlage berechnete Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten entgegenstehen.

Im Rahmen der Beweisaufnahme kann das Beschwerdegericht anstelle eines Urkunds- oder Augenscheinsbeweises in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten einen Beweismittler beauftragen, die geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen ggf. in den Geschäftsräumen Beteiligter oder Dritter einzusehen und die gewonnenen Erkenntnisse - soweit erforderlich anonymisiert - zusammenzufassen. Dieses Verfahren ist zulässig, wenn andere Beweismittel nicht zur Verfügung stehen und den Beteiligten trotz der lediglich zusammenfassenden Angaben des Beweismittlers eine genügende Nachprüfungsmöglichkeit bleibt. Unter diesen Voraussetzungen können auch die Verfahrensbeteiligten ihre Aufklärungspflicht gemäß § 69 Abs.3 bei Vorliegen berechtigter Geheimhaltungsinteressen durch Auskunftserteilung an einen Beweismittler erfüllen. Bei Ausschluß der Hauptbeteiligten von der Akteneinsicht läßt sich mit Hilfe eines Beweismittlers das ansonsten bestehende Verwertungsverbot überwinden, ohne daß das Beschwerdegericht - wie beim auszugsweisen Vortrag - einen Wissensvorsprung erhält. Dieses Verfahren wahrt die berechtigten Geheimhaltungsinteressen Verfahrensbeteiligter und Dritter. Es erlaubt dennoch eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts im öffentlichen Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung, ohne den Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör zu verletzen.

Literaturverzeichnis

- ARNDT Umwelt und Recht
 1. Mittelbares Zeugnis?
 2. Hat die Staatsanwaltschaft kein verfassungskräftiges Recht auf rechtliches Gehör?
 NJW 1962, S.1192 ff.
- AUTENRIETH Kartellbehördliches Auskunfts-
 ersuchen und richterliche Beweis-
 erhebung während eines verwaltungs-
 rechtlichen Beschwerdeverfahrens
 AG 1983, S.184
- BAUMBACH/DUDEN Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen,
 24. Aufl. 1980
- BAUMBACH/HEFERMEHL Wettbewerbsrecht, 14. Aufl. 1983
- BAUMBACH/LAUTERBACH/
 ALBERS/HARTMANN Zivilprozeßordnung, 41. Aufl. 1983
 (zit.: Bearbeiter in Baumbach/Lauter-
 bach/Albers/Hartmann)
- BAUR Der Anspruch auf rechtliches Gehör
 AcP 153 (1954), S.393 ff.
- ders. Zum sog. Freibeweis im Verfahren der
 freiwilligen Gerichtsbarkeit
 in: Festschrift für Hans Schima zum
 75. Geburtstag, 1969, S.59 ff.
 (zit.: FS Schima)
- BETTERMANN Anmerkung zu BayVerfGH v. 2.2.1962¹
 JZ 1962, S.675 ff.
- BOHNERT Zum Problem des Anhörungsrechts
 Dritter im Strafverfahren
 JZ 1978, S.710 ff.
- BRÜGGEMANN Rechtliches Gehör im Zivilprozeß
 JR 1969, S.361 ff.
- DIEDERICHSEN Anmerkung zu BAG 19.4.1966
 AP Nr.2 zu § 402 ZPO

- ERMAN Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5.Aufl.1972, Bd.2 (zit.: Erman /Bearbeiter)
- EYERMANN-FRÖHLER Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl. 1980
- FITTING/AUFFARTH/
KAISER Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl. 1981
- FORSTHOFF Die Verfahrensvorschriften im Kartellgesetz
in: Festschrift für Rudolf Isay, 1956 (zit.: FS Isay)
- FRANKFURTER
KOMMENTAR Kaufmann/Rautmann-Strickrodt, Kommentar zum GWB, 1958 ff. (zit.: Frankf. Kommentar)
- FRIEDRICHS Anmerkung zu BGH 23.2.1962, GRUR 1962, S.357 f.
- v.GAMM Kartellrecht, Kommentar zum GWB und zu Art.85, 86 EWGV, 1979
- GEMEINSCHAFTS-
KOMMENTAR Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3.Aufl.1972 ff.
5.Lieferung 1973, §§ 37a - 75 GWB
4.Aufl.1980 ff.
3.Lieferung 1981, § 23a GWB
4.Lieferung 1981, §§ 44 - 75 GWB (zit.: Bearbeiter im GK)
- GEßLER/HEFERMEHL/
ECKARDT/KROPFF Aktiengesetz, Kommentar, Bd.II 1974, §§ 76 - 147
- GOLDSCHMIDT Der Prozeß als Rechtslage, 1925
- GOTTWALD Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozeß
BB 1979, S.1780 ff.
- GRUBE Zur Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Finanzprozeß
DStR 1972, S.522 ff.

- GRÜNER/PROCHNOW/
DALICHAU/BRÜCKNER/
PODLECH Verwaltungsverfahren (SGB X),
Kommentar, Bd.I, Stand 1.7.1983
(zit.: Grüner in Grüner/Prochnow/
Dalichau/Brückner/Podlech)
- GRUNSKY Grundlagen des Verfahrensrechts,
2.Aufl.1974
(zit.: Verfahrensrecht)
- HAUCK/HAINES Sozialgesetzbuch, SGB X/1, 2
Verwaltungsverfahren und Schutz
der Sozialdaten, Kommentar, 1980 ff.,
Stand 1.7.1983
- HAUEISEN Die freie Beweiswürdigung im sozial-
gerichtlichen Verfahren und ihre
Grenzen
NJW 1959, S.1348 ff.
- HENCKEL Prozeßrecht und materielles Recht,
1970
(zit.: Prozeßrecht)
- HENKELS Das Betriebsgeheimnis in § 21 des
GWB, 1967
(zit.: Betriebsgeheimnis)
- HESSE Grundzüge des Verfassungsrechts in
der Bundesrepublik Deutschland,
13.Aufl.1982
(zit.: Grundzüge)
- HORMUTH Beschwerdeberechtigung und materielle
Beteiligung im FG-Verfahren, 1976
(zit.: Materielle Beteiligung)
- HUBER Der Streit um das Wirtschaftsver-
fassungsrecht
DÖV 1956, S.97 ff., 135 ff., 172 ff.,
200 ff.
- HÜBSCHMANN/HEPP/
SPITALER Kommentar zur Abgabenordnung und
Finanzgerichtsordnung, 8.Aufl.,
Stand Juli 1983
(zit.: Bearbeiter in Hübschmann/Hepp/
Spitaler)
- IMBODEN Die Verwaltungsrechtsprechung in
der Schweiz
in: Staatsbürger und Staatsgewalt I,
1963, S.307 ff.

- IMMENGA/MESTMÄCKER Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 1981
(zit.: Bearbeiter in Immenga/Mestmäcker)
- JANSEN FGG Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften, Kommentar, 2.Aufl.1969, Bd.I
- ders. Wandlungen im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
in: Recht und Staat, 290/291 (1974)
- JOERES Die Rechtsstellung des notwendig Beigeladenen im Verwaltungsstreit-Verfahren, 1982
- KEIDEL/KUNTZE/WINKLER Freiwillige Gerichtsbarkeit, 11.Aufl.1978
- KESSLER Die tatsächlichen Grundlagen des Sachverständigengutachtens, Diss. Freiburg 1974
(zit.: Grundlagen des Sachverständigengutachtens)
- KLEINMANN Verwertungsverbote für das Bundeskartellamt, insbesondere im Anschluß an Fusionsverfahren
DB 1974, S.1097 ff.
- KNACK Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2.Aufl.1982
(zit.: Bearbeiter in Knack)
- KOLLHOSSER Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1970
(zit.: Verfahrensbeteiligung)
- KONZEN Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976
- KOOPERATIONSFIBEL Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Veröffentlichung des Bundeswirtschaftsministeriums, 1976
(zit.: Kooperationsfibel)

- KOPP Beteiligung, Rechts- und Rechtsschutzpositionen im Verwaltungsverfahren
in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978
(zit.: Festg. BVerwG)
- ders. Verwaltungsverfahrensgesetz, 3.Aufl.1983
- KRAßER Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie von Knowhow
GRUR 1977, S.177 ff.
- LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT Kommentar zum Kartellgesetz, 5.Aufl.1977
- LANGEN/NIEDERLEITHINGER/RITTER/SCHMIDT Kommentar zum Kartellgesetz, 6.Aufl.1982
- LERCHE Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör"
ZZP Bd.78 (1965), S.1 ff.
- LIEBERKNECHT Akteneinsicht, Verwertung des Akteneinhalts und Verschwiegenheit gegenüber Dritten
in: Rechtsfragen der Ermittlung von Kartellordnungswidrigkeiten, FIW Schriftenreihe Nr.69 (1974), S.35 ff.
- ders. Probleme des Verfahrensrechts in Kartellsachen
in: Schwerpunkte des Kartellrechts, 1977/78, S.65 ff.
- MAETZEL Beweisverbote zwecks Geheimniswahrung
DVB1 1966, S.665 ff.
- MAILÄNDER Die Befugnis der Marktbeteiligten zur Rechtsbeschwerde im Kartellverfahren
WuW 1965, S.657 ff.
- MARKERT Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen
DB 1963, S.1455 ff.
- ders. Zum Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs.1 GWB
WRP 1966, S.330 ff.

- MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/
SCHOLZ Grundgesetz, Kommentar,
Bd.I Art.1 - 19
Bd.III Art.92 - 146
5.Aufl., Stand April 1983
(zit.: Bearbeiter in Maunz/Dürig/
Herzog/Scholz)
- MAYER-LADEWIG Sozialgerichtsgesetz, 2.Aufl.1981
- MEYER/BORGS Verwaltungsverfahrensgesetz,
Kommentar, 2.Aufl.1982
(zit.: Bearbeiter in Meyer/Borgs)
- MÖHRING Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse
in wettbewerbs- und kartellrecht-
licher Sicht
FS Nipperdey, Bd.II 1965, S.415
- MÜLLER/GIESSLER Kommentar zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen (Kartell-
gesetz), 2.Aufl.1970
(zit.: Müller/Giessler)
- MÜLLER/GIESSLER/SCHOLZ Kommentar zum Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
3. Aufl., 4. Austauschlieferung,
Stand Juni 1979
(zit.: Müller/Giessler/Scholz)
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2,
Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1979,
§§ 241 - 432
(zit.: Bearbeiter im MK)
- OSWALD Akteneinsicht in Steuersachen
AnwBl 1979, S.405 ff.
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch, 43.Aufl.
1984
(zit.: Palandt/Bearbeiter)
- E. PETERS Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß,
1966
(zit.: Ausforschungsbeweis)
- ders. Beweisvereitelung und Mitwirkungs-
pflicht des Beweisgegners
ZP 82, (1969), S.200 ff.
- K. PETERS Strafprozeß, 3.Aufl.1981

- PETERS/SAUTTER/WOLFF Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit,
Bd.II, 4.Aufl.1968 ff., Stand 1.12.1982
- POHLE Anmerkung zu BAG 28.3.1963,
AP Nr.1 zu § 402 ZPO
- RAUTENBERG Steuergeheimnis und rechtliches
Gehör bei Bewertungen und Schätzungen,
NJW 1962, S.937 ff.
- REBENTISCH Probleme des Geheimnisschutzes im
Rahmen der Emmissionserklärung,
NJW 1980, S.99 ff.
- REDEKER Verfahrensrechtliche Bindungen der
Untersuchungsmaxime im Verwaltungs-
prozeß
in: Staatsbürger und Staatsgewalt II,
1963, S.475 ff.
- REDEKER/v.OERTZEN Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar, 7.Aufl.1981
- REIMER/v.GAMM Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Bd.II: Wettbewerbsrecht, 4.Aufl.1972
- ROSENBERG/SCHWAB Zivilprozeßrecht, 13.Aufl.1981
- ROSENTHAL/LEFFMANN Gesetz gegen den unlauteren Wettbe-
werb, Kommentar, 9.Aufl.1959
- ROXIN Strafverfahrensrecht, 18.Aufl.1983
- SÄCKER Zur Berücksichtigung der Markt-
position des Unternehmens im Recht
der Wettbewerbsbeschränkungen,
BB 1967, S.681 ff.
- SOELL Beiladung und Konkurrentenschutz
im Verwaltungsverfahren des Kartell-
gesetzes
in: Festschrift für Eduard Wahl, 1973,
S.439 ff.
(zit.: FS Wahl)
- SCHLEGELBERGER Handelsgesetzbuch, 5.Aufl.1973,
Bd.2, §§ 48 - 104
(zit.: Schlegelberger-Schröder)

- K. SCHMIDT Das neue Auskunfts- und Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters in: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Bd.40, S.87 ff.
- ders. Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, 1977
(zit.: Kartellverfahrensrecht)
- ders. Notwendige Beiladung betroffener Dritter im Kartellverwaltungsverfahren, BB 1981, S.758 ff.
- SCHMIDT-BLEIBTREU/
KLEIN Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5.Aufl.1980
- SCHÖNE Die Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde nach § 51 Abs.2 Nr.4 GWB
WRP 1960, S.261 ff., 334 ff.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER Strafgesetzbuch, Kommentar, 21.Aufl. 1982
(zit.: Bearbeiter in Schönke/Schröder)
- SCHOLZ Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte
WiR 1972, S.35 ff.
- ders. Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971
(zit.: Wirtschaftsaufsicht)
- STARCK Anhörung und Beiladung im Kartellverfahren
BB 1960, S.465 ff.
- STEIN/JONAS Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19.Aufl.
Bd.I, 2, §§ 253 - 510 c, 1977
Bd.II, §§ 511 - 703, 1968
(zit.: Bearbeiter in Stein/Jonas)
- STÜRNER Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976
(zit.: Aufklärungspflicht)

- TETZNER Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2.Aufl.1957
- THOMÄ Die Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzes
WuW 1956, S.393 ff.
- THOMAS/PUTZO Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, 12.Aufl.1982
- TIEDEMANN Literaturbericht: Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht (Wettbewerbsrecht)
ZStW 86 (1974), S.990 ff.
- TIPKE/KRUSE Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar zur AO 1977 und FGO (ohne Steuerstrafrecht), 11.Aufl., Bd.III, Stand Nov.1983
- TRAUMANN Verwertungsverbot und Akteneinsichtsrecht des Beigeladenen im Kartellverfahren
WRP 1983, S.195 f.
- TRÖNDLE Die Behandlung der Sozialberichte in den Gerichtsverfahren
ZBlJR 1953, S.190 ff.; 233 ff.
- ULE Verwaltungsprozeßrecht, 8.Aufl.1983
- ULE/LAUBINGER Verwaltungsverfahrensrecht, 2.Aufl. 1979
- VIERWEG Antizipierte Sachverständigengutachten - Funktion, Verwendungsformen, rechtliche Bedeutung
NJW 1982, S.2473 ff.
- v.WALLENBERG Anmerkung zu KG 10.2.1982, BB 1983, S.853 f.
- WESTRICK/LOEWENHEIM Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 4.Aufl.1977 ff.
- WIECKMANN Akteneinsicht und Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Kartellverwaltungsverfahren
WuW 1983, S.13 ff.

- WIECZOREK Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,
2.Bd., §§ 253 - 510c, 2.Aufl. 1976
- WOLF Rechtliches Gehör und die Beteiligung
Dritter am Rechtsstreit
JZ 1971, S.405 f.
- ZEUNER Der Anspruch auf rechtliches Gehör
in: Festschrift zum 70. Geburtstag
von H.C. Nipperdey, Bd.I, 1965,
S.1013 ff.
(zit.: FS Nipperdey I)
- ders. Rechtliches Gehör, materielles Recht
und Urteilsauswirkungen, 1974
in: Schriftenreihe der juristischen
Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 117
(zit.: Rechtliches Gehör)
- ZÖLLER Zivilprozeßordnung, 13.Aufl.1981
(zit.: Bearbeiter in Zöllner)

LEBENS LAUF

5.6.1953	geboren in Hamburg als erste von drei Töchtern des Kaufmanns Curt Berg und der Hausfrau Frauke Berg, geb. Postel
1960 - 1964	Besuch der Grundschule
1964 - 1969	Besuch des Sachsenwald-Gymnasiums
Nov. 1971	Abitur am Hansa-Gymnasium in Hamburg-Bergedorf
seit SS 1972	Jurastudium an der Philipps-Universität in Marburg
WS 1973/74	Auslandsaufenthalt in Chicago/USA
SS 1974 - SS 1975	Fortsetzung des Jurastudiums an der Universität Hamburg
seit WS 1975/76	Studium an der FU-Berlin
26.5.1977	1. juristische Staatsprüfung
Aug. 1977 - Nov. 1979	Referendarzeit im Kammergerichtsbezirk Berlin
Jan. 1978 - März 1979	Teilzeit-Assistentin am Institut für deutsches und europäisches Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht der FU-Berlin
13.11.1979	2. juristische Staatsprüfung
seit 1.1.1980	Tätigkeit als Rechtsanwältin in Frankfurt, Schleswig und Flensburg
seit April 1981	Rechtsanwältin in München

